

RODRIGO GALVÃO

FUNDAÇÕES PÚBLICAS: NATUREZA JURÍDICA E ASPECTOS
POLÊMICOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA
DO BRASIL DE 1988 - UMA PERSPECTIVA TÓPICA

Dissertação apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de Mestre.
Curso de Pós-Graduação em Direito,
Centro de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal de Santa Catarina.
Orientador: Prof. Doutor Paulo H. Blasi

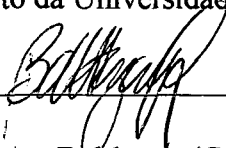
FLORIANÓPOLIS

1998

RODRIGO GALVÃO

FUNDAÇÕES PÚBLICAS: NATUREZA JURÍDICA E ASPECTOS
POLÊMICOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA
DO BRASIL DE 1988 - UMA PERSPECTIVA TÓPICA

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre no
Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

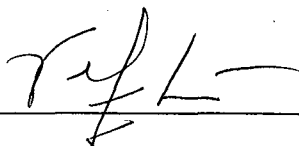


Professor Doutor Ubaldo César Balhazar (Coordenador do Curso)

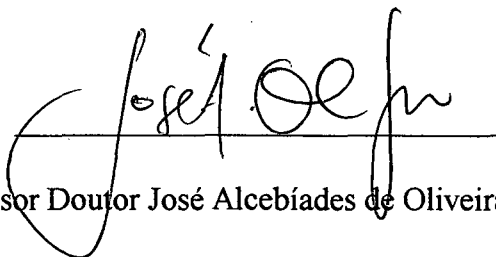
Banca examinadora:



Professor Doutor Paulo Henrique Blasi (Orientador)



Professor Doutor Volnei Ivo Carlin



Professor Doutor José Alcebíades de Oliveira Júnior

Florianópolis, 7 de abril de 1998.

Ah, tudo é símbolo e analogia!
O vento que passa, a noite que esfria
São outra coisa que a noite e o vento -
Sombras de vida e de pensamento.

Tudo que vemos é outra coisa.
A maré vasta, a maré ansiosa,
É o eco de outra maré que está
Onde é real o mundo que há.

Tudo que temos é esquecimento.
A noite fria, o passar do vento
São sombras de mãos cujos gestos são
A ilusão mãe desta ilusão.

PESSOA, Fernando. *Fausto: tragédia subjectiva*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991. 222p. p. 5.

Àqueles que muito lutaram pela erudição de seus filhos, meus avós: Lorena Mendes Félix, Galdino Félix da Silva, Romilda Galvão e Otávio Galvão.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. NOÇÕES SOBRE O FENÔMENO ESTATAL. ESTADO CONTEMPORÂNEO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DESCENTRALIZAÇÃO	3
2.1. Estado: perspectivas de abordagem, origem do termo e relação com o conceito de poder	3
2.1.1. O Estado como objeto de várias disciplinas	3
2.1.2. O termo "Estado"	4
2.1.3. Poder e dominação	5
2.2. Estágios estatais; evolução do Direito Constitucional e Administrativo	9
2.2.1. Evolução histórica das organizações políticas e o nascimento do Estado	9
2.2.2. O Estado de Direito e as raízes do Direito Público	12
2.2.3. O Estado Democrático de Direito	19
2.2.4. O Estado Social e Democrático de Direito - Caracterização e funções; Crise do Direito Constitucional; Crise do Direito Administrativo indefinição ontológica da noção de serviço público	21
2.3. Organização Administrativa e descentralização	32
2.3.1. As várias modalidades de descentralização	32
2.3.2. Centralização, desconcentração e descentralização	33
2.3.3. A descentralização no Direito Constitucional pátrio e alienígena	34
2.3.4. A descentralização administrativa em nossa legislação infraconstitucional	38
2.3.5. Descentralização, tendência redutora dos papéis estatais e modernas técnicas de gestão	40
3. A CONTROVÉRSIA A RESPEITO DA NATUREZA JURÍDICA DAS FUNDAÇÕES PÚBLICAS	43
3.1. Divergências concernentes à existência das Fundações Públicas	43
3.2. Elucidações terminológicas, classificação e critérios para a distinção entre as Fundações Públicas	49
3.3. Regime Jurídico	61
3.3.1. Das Fundações Públicas de Direito Privado	61
3.3.2. Das Fundações Públicas de Direito Público	73

4. HERMENÊUTICA PUBLICÍSTICA, TÓPICA E A DISCUSSÃO A RESPEITO DA NATUREZA JURÍDICA DAS FUNDAÇÕES PÚBLICAS	76
4.1. A discussão metodológica	76
4.2. Os métodos de interpretação das normas jurídicas	77
4.2.1. A interpretação clássica como um todo	77
4.2.2. Métodos de interpretação clássicos	80
4.2.3. Atuais métodos de interpretação e as peculiaridades do Direito Constitucional e do Direito Administrativo	80
4.3. A Tópica	82
4.3.1. Retórica: brevíssimo esboço histórico	82
4.3.2. Discurso jurídico, comunicação e persuasão	84
4.3.3. Teoria da Argumentação: síntese do panorama teórico	86
4.3.4. Raciocínio jurídico e razoabilidade na concepção de Chaïm Perelman	92
4.4. Relação entre a problemática das Fundações Públicas e a concepção exposta a respeito do raciocínio jurídico	103
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	108
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	110

RESUMO

O presente trabalho versa sobre as Fundações Públicas, especificamente sobre a caracterização e o regime jurídico aplicável a estas entidades após o advento da ordem constitucional de 1988. Busca-se explicar a discrepância e a modificação das interpretações referentes ao tema. Primeiramente as Fundações Públicas são contextualizadas na descentralização administrativa operada no seio do Estado Social e Democrático de Direito. Num segundo momento, a discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito da temática é descrita, sintetizando-se a atual posição predominante: haveria Fundações Públicas de Direito Privado (submetidas a um regime jurídico básico de Direito Privado com várias derrogações de Direito Público) e Fundações Públicas de Direito Público (atreladas ao mesmo regime das Autarquias). Nas primeiras se inseririam igualmente as chamadas "Fundações de Apoio", atualmente com disciplina legal específica. Num terceiro momento, os vários métodos de interpretação são mencionados, propondo-se a concepção do raciocínio jurídico advogada por Chaïm Perelman como resposta à divergência doutrinária e jurisprudencial. Tal concepção, defende-se, permite afirmar que o citado entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante é mais consistente que outros, outrora esposados, por estar calcado numa gama mais variada e sólida de "lugares-comuns".

ABSTRACT

The present research concerns the Public Foundations, specifically the characterization and the juridical status applicable to these entities after the constitutional order of 1988. We intend to explain the differences and the change of interpretation about the issue. First of all, the Public Foundations are treated into the context of administrative decentralization operated into the Welfare State. Afterwards, the scientific and jurisprudential discussion is described, with a synthesis of the predominant position: there would be Public Foundations submitted to the Private Law and, on the other hand, there would be Public Foundations submitted to the Public Law. Finally, the interpretation methods are mentioned, with the defense of Chaïm Perelman's conception as an answer to the different positions about the issue. That conception permits to affirm the predominant position is more consistent than the others, before adopted, because it relies on a variety of *topoi*.

1. INTRODUÇÃO

O tema do presente estudo são as "Fundações Públicas".

Delimitando este tema, vamos abordar a caracterização e a determinação do regime jurídico aplicável às Fundações Públicas após o advento da Constituição de 1988.

O problema possui a seguinte formulação: como explicar a discrepância e a modificação de interpretações no que concerne à caracterização das Fundações Públicas e ao seu respectivo regime jurídico?

A hipótese que propomos é a de que tal fato se deve à específica natureza argumentativa do raciocínio jurídico (conforme veremos, a nomenclatura constitucional a respeito do ente é variada e não esclarece *de per se* a atribuição do correto regime jurídico; o critério nomogenético fornecido pela Doutrina e o critério material fornecido pela Jurisprudência são insuficientes; e somente uma "lógica do razoável" é capaz de explicar a articulação do raciocínio jurídico como um todo - constatação que se faz mais patente e aguda no âmbito do Direito Constitucional e do Direito Administrativo, devido à grande imbricação com elementos políticos).

Trata-se de um assunto bastante debatido porém ainda não esgotado. São vários os trabalhos anteriores à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e igualmente há estudos após a nova ordem constitucional (que só fez aumentar a celeuma, pela utilização de uma nomenclatura múltipla referente ao ente).

No CPGD da UFSC são três os trabalhos que versam especificamente sobre as Fundações Públicas (presentes no catálogo de 1978-1993¹): "Análise das Fundações instituídas pelo Estado de Santa Catarina", de autoria de Jaime Sprícigo, em 11 de maio de 1978; "Fundações instituídas pelo Poder Público - aspectos peculiares no Rio Grande do Sul", de autoria de Ilsa Almerinda Homerich, em 30 de junho de 1978 e "O Ministério Público e as Fundações instituídas pelo Estado", de autoria de João Batista Ribeiro Neto,

¹ ROCHA, Leonel Severo (organizador). *Textos CPGD - resumos das dissertações e teses defendidas no curso de Pós-graduação em Direito da UFSC - 1978-93*. Florianópolis: Imprensa Universitária da UFSC, 1994. 165p.

em 30 de agosto de 1979 (nenhum deles, portanto, após a Constituição de 1988, que traz em seu bojo uma série de preceitos pertinentes às entidades).

Ademais, nenhum artigo ou monografia aborda a questão sob o prisma ora propugnado (que leva em conta o modo de operar específico do raciocínio jurídico, conforme veremos) e a controvérsia ainda permanece tanto no âmbito administrativo como judicial. A recente equiparação, pela Jurisprudência (adiante abordada), das Fundações de Direito Público às Autarquias, pouco esclarece os traços distintivos ou elucida os "sintomas" daquelas entidades ou das chamadas "Fundações Públicas de Direito Privado" (as fronteiras entre uma e outra espécie, o correto enquadramento das chamadas Fundações de Apoio, etc).

Outra indagação trazida à baila ultimamente é a da utilidade e eficiência do expediente da descentralização (tendo em vista as recentes discussões a respeito das funções do Estado, a aplicação de novas técnicas de gestão à Administração Pública), ponto esse ao qual nos reportamos indiretamente ao contextualizar o presente trabalho.

O objetivo geral desta dissertação é realizar um estudo aprofundado a respeito da natureza jurídica das Fundações Públicas. Especificamente, em primeiro lugar, pretende-se contextualizar a descentralização administrativa no atual estágio estatal e evolutivo do Direito Constitucional e do Direito Administrativo. Em segundo lugar, busca-se fazer um levantamento da terminologia aplicada ao ente após a Constituição de 1988, das várias concepções da Doutrina e da Jurisprudência (do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União) para sua identificação e da maneira como se compreende a atribuição do seu regime jurídico - pretendemos *descrever* as várias posições e não prescrever uma única interpretação como a correta. Em terceiro lugar, aborda-se o modo de operar do raciocínio jurídico (examinando-se a origem e desenvolvimento da Retórica e da Tópica), relacionando-o como o Direito Público e com a problemática em tela.

O método de abordagem utilizado foi o indutivo. O método de procedimento pode ser definido como descritivo-argumentativo.

No que tange às técnicas de pesquisa, empregou-se a documental (fontes primárias - documentos e arquivos públicos, publicações oficiais judiciais, administrativas e parlamentares) e bibliográfica (periódicos, revistas, etc - especialmente a Revista de Direito Administrativo e o Boletim de Direito Administrativo, além de todas as obras de cunho doutrinário e filosófico em geral).

2. NOÇÕES SOBRE O FENÔMENO ESTATAL. ESTADO CONTEMPORÂNEO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DESCENTRALIZAÇÃO

2.1. Estado: perspectivas de abordagem, origem do termo e relação com o conceito de poder

2.1.1. O Estado como objeto de várias disciplinas

O Estado considerado em si mesmo (seus órgãos, funções, estruturas) tem sido objeto de várias disciplinas: a Filosofia Política, a Ciência Política, a Teoria Geral do Estado e a Sociologia Política. Ademais, como assinala Bobbio, o Estado pode ser analisado sob o prisma dos governantes (a arte de bem governar, as formas de governo, os conceitos de *dominium*, *imperium*, *maiestas*, *auctoritas*, *potestas* e *summa potestas*) ou dos governados (a partir de suas necessidades, interesses e direitos): *ex parte principis* ou *ex parte populi*².

Apesar da arbitrariedade destas distinções, tradicionalmente se tem deixado ao campo da Filosofia Política matérias relativas à melhor forma de governo³, ao fundamento do Estado ou do Poder Político (e sua justificação ou não) e à essência da categoria do político (e a distinção entre Ética e Política).

Já na Ciência Política, procura-se realizar uma investigação que tenha em conta critérios de verificação ou de falsificação que permitam averiguar a aceitabilidade dos resultados finais, o uso de técnicas estritamente racionais que permitam explicar o fenômeno investigado através de uma relação de causalidade e a desconsideração de juízos de valor.

A respeito dos prismas jurídico e sociológico, Bobbio assinala que, num primeiro momento, a partir de Jellinek, buscou-se uma distinção entre estas duas perspectivas, ponto este retomado por Weber (que assevera ser a validade ideal das normas objeto de estudo

² BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. 173 p. p. 62-65.

³ No que concerne a este tema, vale citar o estudo de Bobbio (BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Tradução de Sérgio Bath. 7. ed. Brasília: EdUnb, 1994. 179 p.). Vide também: Bobbio. E., G., S. p. 104-106.) que destaca, dentre outras, as três tipologias clássicas das formas de governo: a de Aristóteles (com base no número de governantes: monarquia, aristocracia e *politéia* - com as correspondentes degeneradas tirania, oligarquia e democracia), a de Maquiavel (monarquia e república - esta aristocrática ou democrática) e a de Montesquieu (monarquia, república e despotismo).

dos juristas e a validade empírica das normas problema dos sociólogos)⁴. Para referido autor, esta questão se torna uma parte da teoria dos grupos sociais, dos quais os grupos políticos são uma espécie (estes, dotados de um aparelho administrativo que exitosamente se vale do monopólio da força sobre um determinado território, engendram o chamado Estado Moderno, noções às quais nos reportaremos logo a seguir)⁵.

Kelsen leva tal separação às últimas conseqüências (sem a qual não poderia ter formulado sua *Teoria Pura do Direito*) solucionando toda a problemática no jurídico, identificando o Direito e o Estado: "um conhecimento do Estado isento de elementos ideológicos, e, portanto, liberto de toda metafísica e de toda a mística, não pode apreender a sua essência de outro modo que não seja concebendo esta figura social - tal como já se tem feito nas indagações precedentes - como uma ordem de conduta humana"⁶.

Assevera Bobbio que, num segundo momento, após a transição do puro Estado de Direito para o chamado Estado Social (categorias elucidadas à frente), as teorias juridicistas do Estado foram tidas como formalistas e desprestigiadas, revigorando-se os estudos de sociologia política (notadamente através das teorias marxista e funcionalista) que vislumbram no Estado uma forma complexa de organização social (da qual o Direito é apenas um componente)⁷.

2.1.2. O termo "Estado"

A fama da obra *O Príncipe* de Maquiavel contribuiu em muito para a vulgarização do termo "Estado" num sentido próximo daquele que conhecemos. A obra principia já se referindo ao vocábulo⁸.

Entretanto, Maquiavel não foi o pioneiro. Assinala Bobbio⁹ que estudos minuciosos apontam, já na linguagem do Quatrocentos e do Quinhentos, a transição do termo *status*

⁴ Bobbio. E., G., S. p. 56-57.

⁵ Ibidem, p. 57.

⁶ Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. 377 p. p. 301-302.

⁷ Bobbio. E., G., S. p. 57.

⁸ "Todos os Estados, todos os governos que tiveram e têm autoridade sobre os homens foram e são ou repúblicas ou principados" (MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Tradução de Maria Lucia Cumo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. 156 p. (Coleção Leitura). p. 13).

significando "situação" para "Estado", na acepção moderna da palavra, tendo ocorrido quando da utilização da primeira palavra (apenas) da expressão *status rei publicae*.

A partir de *O Príncipe*, contudo, o termo vai paulatinamente substituindo outras denominações prestigiosas que igualmente designavam a organização de um grupo de indivíduos sobre um território decorrente de um determinado poder que os submete: *civitas*, traduzindo o grego *polis*, e *res publica*, referente às instituições políticas de Roma, da mesma *civitas*. No entanto, em 1576, Bodin, intitula sua obra, ainda, *Da República* (tratando de todas as formas de Estado, na realidade) e, já no século XVII, Hobbes usa o termo *civitas* em suas obras latinas e *commonwealth* nas inglesas, no sentido que hoje designaríamos como "Estado", salienta Bobbio¹⁰.

A partir do momento em que o termo *civitas* não se enquadra mais na realidade política vigente, como no caso da República de Veneza (para fazer mais uma referência e uma reverência à obra do secretário florentino), e há a necessidade de uma designação como gênero e que se refira a uma realidade mais ampla, surge o vocábulo "Estado" para dar conta de tal carência. Apesar disto e da utilização da palavra "República" como espécie do gênero "Estado", certa confusão ainda perdurou como pode se atestar pela leitura de outra obra do próprio Maquiavel¹¹, na qual ele utiliza indistintamente os dois termos.

2.1.3. Poder e dominação

Muito antes de se tratar do tema *Estado* sob este rótulo, boa parte de seu conteúdo era abordada sob a legenda *Política*. Alerta Bobbio que o ponto de encontro dos dois termos é a referência ao fenômeno do *poder*¹², referindo-se todas as teorias políticas a este e partindo do mesmo para a definição de outros termos, como processo político, por exemplo (como técnica de distribuição do poder).

Três teorias fundamentais sobre a problemática do poder podem ser distinguidas, assevera citado autor¹³: a substancialista, a subjetivista e a relacional. Para a primeira, o

⁹ Bobbio. E., G., S. p. 65-66.

¹⁰ Ibidem, p. 66.

¹¹ MACHIAVELLI, Nicolo. *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio*. Tradução de Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: EdUnb, 1982. 436 p. p. 23.

¹² Bobbio. E., G., S. p. 76.

¹³ Ibidem, p. 77.

poder seria algo que se possui e que pode ser utilizado para a obtenção de um bem (seja este poder físico, psicológico-ameaçador ou mental-persuasivo). Para a segunda, o poder é a *capacidade* de o sujeito obter certos efeitos (tal noção, apropriada pelo linguajar jurídico, é a utilizada para a definição de *direito subjetivo*). Entretanto, seria a terceira a mais aceita no discurso político contemporâneo. Para esta corrente o poder deve ser concebido como uma relação entre dois sujeitos, na qual um consegue obter um comportamento do outro que de outra maneira não se verificaria: "o poder de *A* implica a não liberdade de *B*. A liberdade de *A* implica o não poder de *B*"¹⁴.

No que concerne às formas de poder, um dos *topoi* mais recorrentes na Teoria Política clássica e moderna é a tripartição em poder paterno, despótico e civil. Apesar de sua relevância histórica, tal classificação não permite distinguir o poder político de outras formas de poder, constituindo-se num discurso prescritivo. Para Bobbio, uma teoria verdadeiramente realista do poder passa a surgir apenas com a elaboração dos juristas medievais do conceito de soberania ou *summa potestas*¹⁵. A sociedade medieval conhece duas vertentes de poder: a temporal (mundana) e a atemporal (religiosa) - a Igreja. Delimitando suas competências, os juristas medievais vislumbram nas determinações religiosas uma *vis directiva* e nas mundanas uma *vis coactiva*, pelo que apenas o poder temporal teria o monopólio da força, da constrição física, através das armas. Tal poder, o dos *regna*, contraposto ao do império universal, não reconhece poder superior ao seu, por isso é *summa postestas*. Tal elaboração seria recuperada pelos pensadores modernos que viriam a vulgarizar a noção de soberania.

Esta noção de manejo do monopólio da força física por parte de um poder que aos poucos foi se centralizando naquilo que viria a ser o Estado, remete-nos à indagação dos *fundamentos deste poder* (a sua *legitimidade*) e ao aspecto da *eficiência na dominação*. E é crucial para a compreensão destas categorias a referência a determinados tópicos do pensamento de Weber.

Para citado autor, numa tradução livre, "**poder** significa a probabilidade de impor a própria vontade, dentro de uma relação social, mesmo contra toda resistência e qualquer que seja o fundamento desta probabilidade"¹⁶. Dreifuss aponta a semelhança do conceito

¹⁴ Ibidem, p. 78.

¹⁵ Ibidem, p. 80.

¹⁶ "**Poder** significa la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad" (WEBER, Max. *Economía*

de poder para Weber e de "guerra" para Clausewitz: "ato de violência ou força física, que tenciona obrigar o oponente a realizar o desejo de quem compele"¹⁷. Já "por **dominação** deve se entender a probabilidade de encontrar obediência a uma ordem de determinado conteúdo entre determinadas pessoas; por **disciplina** deve se entender a probabilidade de encontrar obediência para uma ordem por parte de um conjunto de pessoas que, em virtude de atitudes arraigadas, seja imediata, simples e automática", assevera o mesmo Weber¹⁸. Destaca Dreifuss, em relação ao primeiro termo, a sua dificuldade de tradução (*Herrschaft*) e o seu caráter histórico¹⁹.

Afirma Weber que se um patriarca domina sem um quadro administrativo, uma associação é, em maior ou menor medida, uma *associação de dominação* pela tão-só existência de um quadro administrativo²⁰. Esta associação de dominação é uma associação política na medida em que seu ordenamento (válido e existente num âmbito geográfico determinado) seja garantido continuamente pela "ameaça e aplicação da força física por parte de seu quadro administrativo"²¹.

A partir destes conceitos, Weber delineia a sua definição de Estado como uma instituição permanente, dotada de um quadro administrativo que impõe a coação física legítima (com exclusividade), tendo em vista a manutenção da ordem vigente²².

Segundo o autor, assim sendo, a institucionalização da violência (ainda que como *ultima ratio* e não como o meio administrativo normal e único) é um fator específico e

y sociedad. *Esbozo de sociología comprensiva*. Traducción de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora. 6. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1983. 1237 p. p. 43).

¹⁷ DREIFUSS, René Armand. *Política, poder, estado e força: uma leitura de Weber*. Petrópolis: Vozes, 1993. 103 p. 71.

¹⁸ "(...) *por dominación debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas; por disciplina debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia para un mandato por parte de un conjunto de personas que, en virtud de actitudes arraigadas, sea pronta, simple y automática*" (Weber, op. cit., p. 43).

¹⁹ Dreifuss, op. cit., p. 71.

²⁰ Cabe frisar que neste ponto estamos utilizando as categorias sociológicas weberianas e não as especificamente jurídicas, em conformidade com o ordenamento pátrio.

²¹ "(...) *amenaza y aplicación de la fuerza física por parte de su cuadro administrativo*" (Weber, op.cit., p. 43).

²² "*Por estado debe entenderse un instituto político de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al monopolio legítimo de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente*" (Ibidem, p. 43-44).

indispensável para a caracterização da associação política. Se uma determinada comunidade humana, dentro de um determinado território, possui o monopólio da violência física *legítima* (uma vez que a violência como um todo não lhe é exclusiva) - através de um processo de racionalização e do caráter de organização "continuada" que o autor ressalva - tal comunidade constitui uma associação política²³.

Partindo-se da noção inicial de dominação já enunciada (e tendo presente que, ademais, para o autor, obediência quer dizer acatamento de um mandado como máxima regedora da conduta daquele que recebe esta ordem), Weber soma aos fatores *vontade, interesse, sentimento de retidão, dever, temor, costume e conveniência*, o aspecto da *legitimidade*. Se a dominação sobre uma pluralidade de homens exige um quadro administrativo realizador de uma atividade que execute especificamente os comandos gerais, este mesmo quadro administrativo obtém a obediência com fundamento nos citados fatores que, entretanto, não são suficientes, eis que a crença na legitimidade se faz necessária²⁴.

²³ Ibidem, p.44-45.

²⁴ Weber, op. cit., p. 170. Segundo o autor, a forma de domínio, por outras palavras, a exigência de obediência por parte dos "funcionários" frente ao "senhor" e por parte dos dominados frente a ambos, prende-se à autojustificação que apela a princípios e pretensões de legitimidade, classificados, conforme sua concepção, em três tipos *puros* de dominação legítima, cujo fundamento primário de legitimidade pode ser: a) *racional* (quando a crença se baseia na legalidade do ordenamento e no direito de comando que esta legislação confere aos que possuem a autoridade - autoridade legal, pois são as normas racionais estatuídas, sejam elas pactuadas ou outorgadas, que conferem a legitimidade); b) *tradicional* (quando a crença se baseia na santidade das tradições e daqueles que em virtude desta tradição foram chamados para exercer a autoridade, configurando a autoridade tradicional); c) *carismático* (quando a santidade, heroísmo ou exemplaridade de um ser e as ordens dele emanadas ou reveladas criam a autoridade carismática). Na hipótese da autoridade legal, elucida Weber, a obediência se refere a uma *ordem impessoal* e objetiva, legalmente estatuída, e *às pessoas por ela designadas* (dentro de uma competência específica), estando estes parâmetros estabelecidos por ritos formais. No que diz respeito à *dominação legal* através de um "estatuto", seu tipo mais puro é a dominação burocrática. A atividade racional da estrutura de dominação se especifica na burocracia. Neste tipo de dominação, o direito se cria e se modifica através de um estatuto engendrado corretamente quanto à forma. A associação dominante é eleita ou nomeada e ela própria e suas partes componentes são *serviços*. Neste sentido, aquele que exerce a autoridade é ele mesmo parte deste serviço. Os *funcionários* (que são, de modo geral, de formação profissional, nomeados e contratados com remuneração fixa, distribuídos conforme um escalão onde a ascensão se dá obedecendo regras previamente estabelecidas e submetidos a uma disciplina rigorosa) estão subordinados ao senhor (compõem o quadro administrativo) e os demais são os membros da associação, os subordinados, os cidadãos. Em última instância, a obediência é devida à norma e não à pessoa que constitui a autoridade. Não apenas a estrutura estatal moderna obedece a tal modelo. Da mesma forma, aponta Weber, a empresa capitalista privada possui semelhante organização (Ibidem, p. 172-179). Duverger se refere a uma nova oligarquia, constata a formação de uma tecnoestrutura nas chamadas modernas tecnodemocracias, com a constituição de gigantescas organizações coletivas seja nas empresas, nos partidos, sindicatos, grupos de pressão ou em grandes administrações (DUVERGER, Maurice. *As modernas tecnodemocracias. Poder*

2.2. Estágios estatais; evolução do Direito Constitucional e Administrativo

2.2.1. Evolução histórica das organizações políticas e o nascimento do Estado

De modo geral os estudiosos do fenômeno estatal costumam se filiar a duas correntes interpretativas no que concerne ao aparecimento do mesmo²⁵ (partindo-se do pressuposto de que ele nem sempre existiu, de que ele é uma realidade histórica): ou teria ele surgido com a dissolução da organização política baseada em laços de parentesco (em virtude de necessidades econômicas e segurança externa), ou o seu surgimento coincide com o Absolutismo²⁶.

Deste modo, tratando da evolução histórica da organização política, podemos afirmar que no período da Pré-história há uma total simplicidade organizacional da estrutura política, acompanhada de uma não institucionalização²⁷. Entretanto, como têm apontado estudiosos do assunto, é a partir de tal simplicidade que surge posteriormente o chamado comportamento social complexo, seja a partir dos bandos de caçadores-coletores, seja a partir das tribos (onde o critério de parentesco, idade ou sexo determina a

Econômico e Poder Político. Tradução de Max da Costa Santos. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975. 245 p. p. 138-164).

²⁵ Do ponto de vista filosófico, tradicionalmente se tem distinguido duas concepções a respeito do surgimento da sociedade política ou "sociedade civil" (referimo-nos ao sentido originário de *societas civilis*, jusnaturalista, no sentido oposto ao de *societas naturalis* e não na acepção hodierna, marxiana): teria ela aparecido naturalmente ou em decorrência de um ato de escolha. Bobbio, ao tratar do estado de natureza (anterior à *societas civilis*) pela perspectiva histórica do jusnaturalismo, distingue três ordens de problemas a seu respeito: a) se este teria sido um estado histórico ou uma hipótese racional; b) se este teria sido um estado pacífico ou belicoso; c) se foi um estado de isolamento ou social - e neste último pormenor distingue aqueles que propugnam um *appetitus societatis* daqueles que entendem que a vida em conjunto teria sido fruto de um cálculo racional de conveniência (BOBBIO, Norberto, BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. 180 p. p. 49-58).

²⁶ A despeito de toda arbitrariedade terminológica a este respeito, o que nos interessa para os efeitos do presente trabalho é identificar surgimento do Estado com o fenômeno da centralização do poder (e por isso mesmo devemos nos reportar à problemática).

²⁷ Engels, sob a perspectiva economicista divide os estágios pré-históricos de cultura entre Estado selvagem (fase inferior - apenas coleta; fase média - utilização do fogo; e fase superior - invenção do arco e da flecha) e a barbárie (fase inferior - cerâmica; fase média - domesticação de animais e cultivo de plantas; e fase superior - fundição do minério de ferro e registros literários através da escrita alfabética) (ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Tradução de Leandro Konder. 12.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991. 215 p. p. 21-28).

organização)²⁸, para utilizar uma abordagem sociológica que generaliza e não especifica as várias sociedades²⁹ desta época remota³⁰.

Na Antigüidade Clássica (Grécia), a cidade é a unidade política, a lei (que é imutável) identifica o grego (cidadão) com a cidade. Toda a estrutura jurídica assenta em moldes de Direito Privado. Não há divisão das atividades estatais; inexistente igualmente a noção de liberdade e de direito individual. Tal é a afirmação de Fustel de Coulanges a respeito do homem: "ele não se julgava capaz de direitos, em face da cidade e dos deuses"³¹.

Na Idade Média são inúmeros e pulverizados os centros de poder (e é nesta ordem de idéias que se fala em organização política *poliárquica*). Assinala Bobbio, neste sentido, que a sociedade medieval é pluralista, pois, (para se ater apenas ao ponto de vista jurídico), são diversos os ordenamentos jurídicos que coexistem, são diversas as fontes de produção jurídica (costume, Doutrina, lei e Jurisprudência) e não há uma hierarquia de relevância entre elas, o que redundava em vários e instáveis critérios de avaliação jurídica³².

São muitos os ordenamentos originários e autônomos acima e abaixo dos *regnum* (da Igreja e do Império), constituindo exemplos destes últimos os dos feudos, comunas e

²⁸ HALL, John A.. *Os Estados na História*. Tradução de Paulo Vaz, Almir Nascimento e Roberto Brandão. Rio de Janeiro: Imago, 1992. 458 p. p.36-102.

²⁹ Krader (na sua abordagem que perpassa várias civilizações desde a Pré-história até a Idade Média) assevera que mesmo nas civilizações onde não havia Estado, havia entretanto alguma modalidade de governo. Aponta, ademais, que não se pode falar em origem e sim em origens do Estado, conforme a civilização (KRADER, Lawrence. *A Formação do Estado*. Tradução de Regina Lúcia M. Morel. Rio de Janeiro: Zahar, 1970. 182 p. p. 163-167).

³⁰ Clastres critica este tipo de generalização, salientando a multiplicidade de civilizações consideradas "primitivas", inabarcáveis por critérios pouco esclarecedores como ausência de escrita e economia de subsistência (e tal miopia seria resultante de um etnocentrismo); assevera que o poder político é universal e imanente ao social (pelo que, fundamentados na Etnografia, não poderíamos distinguir entre sociedades com poder e sem poder); destaca que o poder como coerção é apenas uma modalidade e não representa o poder por excelência; aponta que o fenômeno político pode estar presente sem necessidade de institucionalização (CLASTRES, Pierre. *A Sociedade contra o Estado - Pesquisas de Antropologia Política*. Tradução de Theo Santiago. 5. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990. 152 p. p. 7-20).

³¹ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 6.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. 266 p. p. 160.

³² BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. 2.ed. Brasília: EdUNB, 1992. 168 p. p. 11-12.

corporações. Este mosaico político, a falta de *segurança jurídica*, de ordem e de autoridade teria sido o fator crucial para o surgimento da nova estrutura, o *Estado Absolutista*.

Do ponto de vista jurídico e político, buscando sistematizar suas características, o processo que engendra a formação dos Estados Absolutistas³³ pode ser enunciado da seguinte forma: a) há uma unificação das fontes de produção jurídica na lei³⁴; b) há uma unificação de todos os ordenamentos no do Estado: o poder estatal torna-se independente da Igreja e do Império e os ordenamentos jurídicos inferiores são absorvidos³⁵; c) ocorre uma centralização do poder político que se enfeixa no soberano (detendo não apenas poderes administrativos, mas também legislativos e jurisdicionais); d) o Estado cria este ordenamento jurídico, porém não se submete a ele; e) o soberano (o Estado) é indemandável, irresponsável juridicamente perante o indivíduo (assim, o Estado é absoluto porque só ele produz o direito e não possui limites jurídicos para si próprio) e há uma relação de *polícia* entre o Estado e o indivíduo (o Estado poderia fixar qualquer obrigação ou restrição ao indivíduo), configurando o chamado *Estado de Polícia*: há poder absoluto com ausência de limites (como *legibus solutus*) e irresponsabilidade jurídica segundo as máximas *le Roi ne peut mal faire, the King can do no wrong* - princípios estes que podem ser encarados como um embrionário e tenebroso Direito Público, pois, como assinala Gordillo:

No Estado de Polícia, em consequência, ao reconhecer-se ao soberano um poder ilimitado quanto aos fins que poderia perseguir e quanto aos meios que poderia empregar, mal poderia desenvolver-se uma consideração científica desse poder. Não cremos que se possa afirmar, pura e simplesmente, que não existia um Direito Público, como por exemplo disse Mayer, pois inclusive este princípio do poder ilimitado e as normas que dele emanaram constituem um certo ordenamento positivo; porém, ao menos pode-se sustentar que não existia, em absoluto, um ramo do conhecimento jurídico em torno do mesmo³⁶.

Na formação do Estado Absolutista não se pode negligenciar o papel da Doutrina do *Maquiavelismo* (pejorativamente), baseada, como salienta Bobbio, numa determinada interpretação de *O Príncipe*, aquela conforme a qual inexistem limites para o Estado, sejam

³³ Anderson aponta o papel da Renascença para a formação do fenômeno exclusivamente europeu do Estado Absolutista, notadamente no campo jurídico, com a revitalização do Direito Romano (ANDERSON, Perry. *Linhagens do Estado Absolutista*. Tradução de João Roberto Martins Filho. 2.ed. São Paulo: Brasiliense, 1989. 548 p. p. 425-428).

³⁴ Bobbio. D. e E. no P. E. K. p. 11-12.

³⁵ Ibidem, p. 12.

³⁶ GORDILLO, Agustín. *Princípios Gerais de Direito Público*. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: RT, 1977. 202 p. p. 28.

eles jurídicos, religiosos ou morais (a política é amoral)³⁷. Nesta compreensão, a ação política é aquela destinada à conquista e à conservação do Estado. Ainda segundo tal Doutrina, são consideradas virtudes políticas as que levam à conservação do Estado e vícios aqueles que levam à destruição do mesmo. Nesta concepção, a chamada *razão de Estado* é capaz de suplantar tudo o mais: se o poder estatal é superior também à moral, queda justificado e consolidado o Estado Absolutista.

2.2.2. O Estado de Direito e as raízes do Direito Público

A resposta ao Estado Absolutista, (dotado, já, como vimos, de um determinado "aparelho de dominação"), materializa-se nas revoluções inglesas do século XVII (desde a reabertura do parlamento em 1640, por meio da guerra civil, da ditadura de Cromwell e da restauração da monarquia, até a Revolução Gloriosa de 1688), no movimento de independência dos EUA e na Revolução Francesa, surgindo o chamado "constitucionalismo" (ideário, teorias políticas e positivação de direitos num texto supremo) como forma de remediar o poder do príncipe.

Entretanto, não é em tal momento histórico que se dá a primeira manifestação jurídica que visava limitar o poder do soberano. Já em 1215 com *The Magna Carta* (ou *The Great Charter*, como denominam outros) uma série de limitações são arrancadas pelos barões e prelados a *John, king of England, lord of Ireland, duke of Normandy and Aquitaine*³⁸.

São nos séculos XVI e XVII, contudo, que vários pensadores diagnosticam que se no Estado Absolutista o poder do soberano é absoluto, este pode, por isso mesmo, abusar deste poder. A conclusão a que chegam os tais pensadores modernos, em relação à

³⁷ Bobbio. D. e E. no P. E. K. p. 13-15.

³⁸ No seu dispositivo 39, tal relevante documento já contempla uma variada gama de garantias à liberdade de ir e vir, à propriedade, ao julgamento por pares e acima de tudo a conformidade com a lei (a legalidade passa a ser uma técnica de encaixilhar o poder), conforme reproduz Ferreira: "Nenhum homem livre poderá ser preso, detido, privado de seus bens, posto fora da lei, ou exilado sem julgamento de seus pares ou por disposição da lei" (FERREIRA, Luís Pinto. *Teoria Geral do Estado*. 3ed. São Paulo: Saraiva, 1975. 2 v. V. 2. p. 760). Escrita originalmente em Latim, provavelmente pelo Arcebispo Stephen Langton, sua vigência foi meteórica, pois o rei, meses após, passou a desrespeitá-la. Entretanto, após a sua morte, sucedido por Henry III, *The Charter* se revigorou, passando por modificações em 1216, 1217 e 1225, como destaca Murphy (MURPHY, Gerald. (The Cleveland Free-Net - aa300). Prepared by Nancy Troutman (The Cleveland Free-Net - aa345) and the National Public Telecomputing Network. Distributed by the Cybercasting Services Division of the National Public Telecomputing Network - NPTN).

problemática, é a de que a maneira de impedir este abuso se consubstancia na limitação deste mesmo poder. Ao redor desta idéia circulam, a partir de então, as teorias sobre os limites do poder estatal. Estas podem ser agrupadas em três frentes principais: a) a teoria dos direitos naturais ou jusnaturalismo (impõe limites à atuação do Estado, uma vez que estes direitos são anteriores ao Estado por serem de origem divina ou decorrerem da própria natureza das coisas, devendo o Estado reconhecê-los, respeitá-los e garanti-los)³⁹; b) a teoria da separação dos poderes (busca fragmentar o poder, de maneira que este se contrabalance, separando as funções estatais)⁴⁰; c) a teoria da soberania popular ou democracia (atribui a titularidade do poder ao povo, a outro ente que não o Estado)⁴¹.

Antes de se chegar a tal panorama teórico, no entanto, várias etapas (ainda sob o ponto de vista da História do Pensamento Político) precederam as referidas frentes, de modo que aos poucos elas fossem constituídas⁴².

³⁹ Locke, especialmente, fixa esta tese com clareza ao tratar do "Estado de Natureza" no seu "Segundo Tratado sobre o Governo"(LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano*. Tradução de Anuar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. 344 p. p. 35-39).

⁴⁰ Montesquieu, ao tratar da maneira de se evitar o abuso de poder nos governos ditos moderados, assevera que o Poder deve ser o freio do Poder, que as funções devem estar repartidas, de modo a evitar o referido abuso (MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la. *Do espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. 562 p. p. 148).

⁴¹ Rousseau chega a atribuir um caráter quantitativo à sua tese da soberania popular, nítido nas suas observações a respeito do "Governo em Geral": "(...)Assim o soberano é o súdito, como dez mil é para um, isto é, cada membro do Estado tem só a décima milésima parte da autoridade soberana, embora esteja submetido por inteiro a ela"(ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social (Princípios de Direito Político)*. Tradução de Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro: Ediouro, 1994. 152 p. p. 73).

⁴² Assim, aponta Bobbio que, primeiramente, num período de guerras religiosas, surgiram os escritores políticos calvinistas, conhecidos como *Monarcomaci*, especialmente De Bèze e Althusius, com seus escritos fundamentais vindo à tona em 1575 e 1603, respectivamente, sustentando o direito de resistência contra o príncipe injusto ou ilegítimo (o tirano), calcado este direito no argumento de que o poder deriva do consenso popular. Outro momento importante, salienta o mesmo autor, foi o Liberalismo Republicano de Milton, Harrington e Sidney. O movimento dos Niveladores, partido atuante entre 1647 e 1649, na época da Revolução na Inglaterra, também deixou a sua contribuição, distinguindo-se, porém, dos demais pensadores, pelo seu caráter democrático, além de liberal e constitucional. Assim, no chamado *Pacto do Povo* de 1647 e na sua reformulação de 1649, no seu art. 1o, estampa-se o primeiro vestígio histórico daquilo que viria a ser o sufrágio universal: "A autoridade suprema da Inglaterra e dos territórios nela incorporados estará e residirá a partir de agora numa representação do povo, composta de 400 pessoas e não mais do que isso; na eleição das quais - segundo a lei da natureza - todos os homens a partir de 21 anos ou mais terão o direito de votar, e serão elegíveis para aquele cargo supremo"(Bobbio. D. e E. no P. E. K. p. 24-48).

Mas apenas a partir das obras de Locke (especialmente o *Segundo Tratado sobre o Governo Civil* - onde o autor expõe o seu jusnaturalismo, asseverando que o "estado civil" teria sido criado para salvaguardar os direitos imutáveis da vida e da propriedade), Montesquieu (notadamente a sua obra *O Espírito das Leis* - onde a preocupação com a liberdade leva o autor a formular um "governo moderado", onde a liberdade é protegida do abuso de poder pelo próprio poder que se encontra dividido, que se contrabalança) e Rousseau (que, no seu *Do Contrato Social*, ao contrário da interpretação majoritária da obra de Hobbes, formula o seu "estado civil" com base num assentimento popular protetor da liberdade e não criador de uma servidão ao Estado)⁴³, monta-se o arcabouço filosófico do contratualismo.

Esta doutrina iluminista a respeito do Estado é apropriada pelos movimentos revolucionários do século XVII (no tocante, evidentemente, aos autores que lhes antecederam) e XVIII, posteriormente registrada nas várias Declarações de Direitos⁴⁴ e Constituições⁴⁵.

Esta noção de impor limites, de controlar o poder, redundava naquilo que se convencionou chamar de *Estado de Direito*. Nele há os princípios da superioridade da lei (a legalidade prevalece), da supremacia da Constituição, da separação dos Poderes e garantia dos direitos individuais (neste primeiro momento, liberdades individuais).

Segundo Bobbio⁴⁶, a origem última destas concepções reside na clássica discussão a respeito do melhor modo de governar: através do "governo dos homens" ou do "governo

⁴³ Ibidem, p. 37-48.

⁴⁴ Ferreira assinala, neste sentido, a evolução constitucional inglesa, com a *Petition of Rights*, de 1628 e o *Bill of Rights*, de 1688, mas, sobretudo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, lida por Lafayette em 11 de julho de 1789, durante os trabalhos da Assembléia Constituinte francesa, da qual destacamos os dois primeiros artigos: "Art. 1º - Os homens nascem e continuam livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem se fundar na utilidade comum. Art. 2º - O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Estes direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão" (Ferreira. T. G. E. V. 2. p. 760-761).

⁴⁵ A Constituição dos EUA de 1787 reza em seu preâmbulo: "Nós, o Povo dos Estados Unidos, a fim de formar uma União mais perfeita, estabelecer a Justiça, assegurar a tranquilidade interna, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral, e garantir para nós e para nossos descendentes os benefícios da Liberdade, promulgamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América" (BRASIL. Constituição. Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras. Textos, índice temático comparativo por Ana Valderez A. N. Alencar e Laudicene de Paula Cerqueira. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições técnicas, 1987. 3 v. V. 1. p. 417.).

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. 171 p. p. 156-160.

das leis"? Escolhendo-se a segunda alternativa, opta-se pela submissão do poder político ao direito.

Ademais, tal configuração não seria apenas a de um governo *sub lege* (poder político sob o direito, que evita o abuso de poder), mas também um governo *per leges*, pois o primeiro legislador, o constituinte, cria as normas que posteriormente garantirão a igualdade, a segurança e a liberdade, conforme a tradição do constitucionalismo.

Nesta ordem de idéias, destaca Gordillo que, apesar da equivocidade da expressão *Estado de Direito*, pode-se distinguir, num primeiro instante, a sua acepção relacionada com o respeito à lei por parte do Poder Executivo e, posteriormente, a alteração do conteúdo da designação para o tipo de Estado no qual a própria lei passa a ter os seus limites: o princípio do respeito à Constituição; assevera: "o indivíduo aparece, assim, protegido contra os avanços injustos dos poderes públicos numa dupla face: por um lado, que a Administração respeite a lei, e por outro, que o legislador respeite a Constituição"⁴⁷.

A partir deste instante, no qual o próprio Estado se considera atrelado ao direito, é que começa a se operar o *milagre* da existência do Direito Administrativo, como afirma Weil⁴⁸. Um milagre que tem o seu início com a obra da Revolução e que se renova todos os dias, até os atuais, passando por todos os estágios estatais (que a seguir completaremos): "a 'razão de Estado' não capitula de um dia para o outro", aponta o autor acima citado⁴⁹. Com este prodígio (nenhuma força de fato pode sujeitar o "Executivo" à norma de Direito e à sentença do juiz) surge um ramo do Direito diferente dos outros, não um Direito Jurídico, mas Político; com conceitos, regras e instituições que não se encaixam nos paradigmas do Direito Civil; inserindo-se em questões cruciais da Ciência Política como as relações entre o Estado e o cidadão, a autoridade e a liberdade, a sociedade e o indivíduo, assinala o mesmo Weil⁵⁰.

Ensina Medauar que muitos autores citam a lei do 28 *Pluviose* do ano VIII (1800) como o ato de surgimento do Direito Administrativo, eis que tida como a "Constituição

⁴⁷ Gordillo. P. G. de D. P. p. 68.

⁴⁸ WEIL, Prosper. *O Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1977. 175 p. p. 7.

⁴⁹ Ibidem, p. 8.

⁵⁰ Ibidem, p. 10.

Administrativa Napoleônica"⁵¹. Tal diploma possui normas relacionadas com a organização administrativa francesa (onde a hierarquização e a centralização foram a tônica) e com a solução de litígios contra a Administração⁵². Cabe especialmente assinalar a estipulação do Conselho de Estado como órgão consultivo, juízo de contestações em matéria administrativa e instância de apelação das decisões proferidas pelos Conselhos de Prefeitura. O Conselho preparava as decisões finais proferidas pelo Primeiro Cônsul.

O aspecto da hierarquia se justificava como reação à desordem política pós-revolucionária e o gosto de Napoleão em enfeixar todos os poderes na sua pessoa. Segundo Medauar, este tipo de concepção da Administração (hierarquicamente rígida e forte) perdurou por muito tempo e ainda hoje se conserva em parte, já que numa perspectiva um pouco mais otimista pode se vislumbrar na Administração francesa e espanhola, a partir de 1978, alterações relevantes no modo de se enxergar o estilo de ser da organização administrativa⁵³.

Questão instigante é a de se saber se o Direito Administrativo surge como marco da passagem do Estado Absolutista para o Estado de Direito, com total repugnância ao *Antigo Regime*, ou se permaneceu vinculado a uma série de elementos que compuseram o quadro político e jurídico do passado.

Prosper Weil, Jean Rivero, Zanobini e Garrido Falla, segundo Medauar, posicionariam-se no sentido de que o Direito Administrativo teria brotado do nada, com total ruptura com a época pretérita, compreendendo que só a Revolução Francesa era capaz de gerar a atmosfera necessária para o nascimento do Direito Administrativo⁵⁴.

Entre nós, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito; e nada parecido com este ramo do saber jurídico existia no período histórico que antecedeu o da submissão do Estado à ordem jurídica nele mesmo

⁵¹ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. 245 p. p. 10.

⁵² Só a partir do *arrêt Blanco* de 1873 (que finca suas raízes no *arrêt Rothschild* de 1855), contudo, é que se passou a falar (então com enormes cautelas) de um princípio geral de responsabilidade patrimonial da Administração diferente das bases civilísticas, surgido da necessidade de conciliar os interesses do Estado com os interesses privados (ENTERRÍA, Eduardo García de, FERNANDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1981. 2 v. v. 2. p. 328-329).

⁵³ Medauar, op.cit., p. 11.

⁵⁴ Ibidem, p. 12-13.

fundada⁵⁵. Para mencionado autor, as concepções políticas de Rousseau e Montesquieu se juridicizaram no Estado de Direito e permanecem até hoje em nosso texto constitucional - especialmente no pertinente aos mecanismos de contenção do poder e de proclamação da igualdade de todos os seres humanos⁵⁶.

Pelo fato de o Direito passar a regular o comportamento da Administração é que se pode dizer que o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito, pois este é um ramo que desponta não para subjugar os interesses dos cidadãos aos do Estado, mas para disciplinar a conduta deste e "mantê-la afivelada às disposições legais", constituindo, portanto, o "Direito defensivo do cidadão"⁵⁷.

Deste raciocínio resultam os princípios pertinentes às garantias dos administrados, gradativamente elaborados e que são, segundo mencionado autor⁵⁸: a) primeiramente, o princípio da legalidade - a atividade administrativa só pode se realizar em conformidade com a lei; b) o princípio da finalidade - no Direito Público (diferentemente do Direito Privado, no qual a autonomia da vontade é privilegiada - "tudo aquilo que não é proibido é permitido") "toda e qualquer expressão volitiva do agente só é válida, reconhecida perante o Direito como lisa, na medida em que esteja consentânea com a finalidade encampada na lei habilitante da conduta pública"⁵⁹ (a relação entre a Administração Pública e a lei é de subordinação); c) descendente dos primeiros, o princípio da proporcionalidade - aquele que possui um conjunto de poderes (competência), dos quais não é senhor, pois lhe foram concedidos para desempenhar a função administrativa, no sentido de executar a finalidade prevista na lei, só pode se utilizar dos meios estritamente necessários, adequados; d) o princípio da tipicidade ou do nominalismo dos atos administrativos - cada ato é idôneo apenas e tão-somente para certo fim, cada um possui a sua vocação jurídica específica; e) o princípio da motivação - na prática dos atos administrativos, deve haver uma relação de pertinência lógica entre o fato que serve de fundamento e a conduta externada pelo agente; f) o princípio da lealdade e da boa-fé - para a correta compreensão de tal princípio nos quadros do Direito Administrativo deve se distinguir entre interesse público primário e

⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (coord.), DALLARI, Adilson Abreu, CAMMAROSANO, Márcio *et al.* *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1986. 180p. p. 10.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 12.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 13.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 15-30.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 16.

secundário, pois a Administração Pública só atua lealmente quando persegue o interesse da coletividade e não o do aparelho estatal; g) como princípio jurídico, o da boa administração - o administrador deve sempre adotar a solução que mais se amolda à finalidade normativa; h) o princípio da moralidade administrativa - não se retringe a um valor ético, mas constitui bem jurídico; i) o princípio da igualdade - que redunde no tratamento isonômico dos administrados; j) o princípio da responsabilidade do Estado - segundo o qual este responde pelos danos que seus agentes causarem a terceiros.

Parte da Doutrina, entretanto, entende que o Direito Administrativo conservou uma série de elementos pertencentes ao *Antigo Regime*. Jean-Louis Mestre e antes dele Francis-Paul Benoit situam a origem deste Direito em fase anterior aos desdobramentos da Revolução, como produto de uma contínua separação do Direito Privado, existente até mesmo no período feudal, em estatutos das autoridades municipais, elementos do Direito Romano e do Direito Canônico (Mestre realiza um importante trabalho de historiografia do Direito Administrativo), destaca a autora acima referida⁶⁰.

Martinez Lopes Muniz e Alejandro Nieto, na Doutrina espanhola, também negam a novidade absoluta do Direito Administrativo; este teria herdado uma série de institutos do *Antigo Regime*, até porque na História e no Direito não existiriam "bruscas soluções de continuidade", noticia a mesma Medauar⁶¹.

A autora também salienta que na Doutrina italiana, Nigro, Berti e Allegretti apontam a continuidade de elementos do Estado Absoluto incorporados ao Estado Liberal, com tons autoritários inclusive, seja na estrutura organizacional, natureza dos atos, além de outros aspectos⁶².

Já no chamado Estado de Polícia do século XVII e XVIII (distinto do *Etat gendarme* e do Estado policialesco moderno) houve um aumento muito grande da intervenção do príncipe ou monarca na vida dos súditos, com o objetivo de centralizar o poder (em reação à dispersão e pulverização do período feudal e do estado de estamentos), com maior preocupação pelos aspectos militares, fiscais e administrativos.

Aponta a autora citada que as noções de *dominium eminens* (disposição do monarca dos bens dos súditos para atender ao bem público), *potestas eminens* (sobre as pessoas e

⁶⁰ Medauar, op. cit., p. 13-14.

⁶¹ Ibidem, p. 14.

⁶² Ibidem, p. 14-15.

suas liberdades) - formando o *jus eminens* - e o *jus politiae* (como meio para alcançar o bem público), além dos *actum principis* (*ordonnance*, *brevet*, ordem, decreto, estatuto, *publicandum*, regulamento) através dos quais o monarca comunicava suas determinações aos seus intendentos ou comissários (apesar de tais atos não servirem para a defesa dos súditos, tendo em vista o princípio segundo o qual a vontade do príncipe era *legibus solutus*), todas são figuras que guardam semelhança com as posteriores elaborações do Direito Administrativo⁶³.

Assevera Medauar, em síntese, que, apesar de não haver um rompimento absoluto com o Antigo Regime, existe um vínculo do Direito Administrativo com a Revolução Francesa no que concerne aos seus princípios basilares, albergando-se determinadas noções antigas, porém transformadas e adaptadas ao novo contexto sócio-político (a Revolução aportou a constituição de uma disciplina cogente para as autoridades administrativas - limitando o poder - o estabelecimento de direitos dos particulares frente à Administração, a previsão de remédios jurisdicionais específicos, o surgimento de uma Doutrina do Direito Administrativo e de uma Jurisprudência vinculante para a Administração - indutora de novos institutos). Tal contradição persistirá por todos os outros estágios estatais (aos quais nos reportamos nos próximos pontos) no núcleo desta matéria, uma vez que a tensão entre *liberdade e autoridade*, prerrogativas da Administração e direitos dos particulares, é própria da essência da disciplina.

Segundo Medauar, o Estado de Direito seria a atmosfera propícia e o Princípio da *Separação dos Poderes* seria um pressuposto para o nascimento do Direito Administrativo⁶⁴. Apenas a distribuição de funções entre órgãos diferentes seria capaz de explicar o motivo pelo qual teria surgido um Direito próprio para a Administração.

2.2.3. O Estado Democrático de Direito

O dito Estado *Democrático* de Direito, contudo, não equivale ao Estado de Direito puro e simplesmente (o Estado Liberal). Tomando-se uma definição jurdicista, formulada por Bobbio, o modo de se definir a democracia, "entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras

⁶³ Ibidem, p. 16.

⁶⁴ Ibidem, p. 20-23.

(primárias ou fundamentais) que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*"⁶⁵.

Quanto mais indivíduos (um número elevado) possuem o direito de participar de tal processo, mais democrático é o governo.

Queda claro a partir desta observação, que o Estado de Direito (Liberal) não era um Estado democrático na medida em que o direito ao voto estava atrelado a exigências concernentes ao patrimônio, ao sexo, à raça e a muitos outros critérios específicos. Havia uma desconfiança dos mentores do Estado Liberal quanto ao governo popular.

Bobbio soma à sua definição de democracia o respeito à regra da maioria e a condição segundo a qual "aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra", com os seus pré-requisitos de direitos de liberdade de opinião, expressão, associação, etc⁶⁶. A conclusão a que chega o autor é a de que o Estado Liberal é pressuposto histórico e jurídico do Estado Democrático: as liberdades (estampadas nas normas constitucionais) são necessárias para o exercício democrático e a democracia é imprescindível para que estas liberdades se mantenham⁶⁷.

O movimento de democratização não obedeceu a um ritmo homogêneo nos vários Estados. O sufrágio restrito perdurou durante todo o século XIX, de uma maneira genérica, e inícios do século XX. Aos poucos, notadamente devido aos movimentos socialistas e feministas, o sufrágio foi se estendendo a outros sujeitos, através de leis esparsas ou introdução de novas ordens constitucionais.

Para citar o exemplo da limitação relativa ao sexo, esta perdurou até o fim da Primeira Grande Guerra Mundial na maior parte dos países. Se, no século XIX, o Estado de Wyoming (ainda não integrante da Federação americana) já havia adotado o sufrágio feminino, apenas posteriormente (em 1920) tal previsão seria contemplada na 19a emenda à Constituição⁶⁸ (a 15a emenda já havia em 1870 suprimido as restrições raciais⁶⁹).

⁶⁵ Bobbio. O f. d. p. 18.

⁶⁶ Ibidem, p. 20.

⁶⁷ Ibidem, p. 20-21.

⁶⁸ Emenda XIX

2.2.4. O Estado Social e Democrático de Direito - Caracterização e funções; Crise do Direito Constitucional; Crise do Direito Administrativo; indefinição ontológica da noção de serviço público

A. Caracterização e funções

Finalmente, com o chamado Estado *Social* e Democrático de Direito (Estado Social, de Bem-estar, o *Welfare State*), a organização política passa a ter um papel ativo. Bobbio fala numa passagem dos direitos de liberdade (liberdades negativas - religião, opinião e imprensa, por exemplo) para os direitos políticos e posteriormente para os direitos sociais que demandam ações diretas do Estado⁷⁰. O Estado passa a perseguir o desenvolvimento, a chamada justiça social. Para tal, atua inclusive como agente econômico, não apenas na formulação de políticas e na defesa da livre concorrência, mas também como "Estado empresário"⁷¹.

"1. O direito de voto dos cidadãos dos Estados Unidos não será negado ou cerceado em nenhum Estado em razão do sexo. 2. O Congresso terá competência para, mediante legislação adequada, executar este artigo" (BRASIL. Constituição. Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras, op.cit., V. 1. p. 432.).

⁶⁹ Emenda XV

"1. O direito de voto dos cidadãos dos Estados Unidos não poderá ser negado ou cerceado pelos Estados Unidos, nem por qualquer Estado por motivo de raça, cor ou prévio estado de servidão. 2. O Congresso terá competência para executar este artigo, com legislação apropriada" (Ibidem, V. 1. p. 431.).

⁷⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p. p. 69.

⁷¹ Grau alerta para a equivocidade do termo, uma vez que este tanto pode se referir ao modo de gestão utilizado pelo Estado (que atua empresarialmente) como à sua intervenção no campo geralmente reservado à iniciativa privada, conforme as últimas ordens constitucionais (GRAU, Eros Roberto. Empresas estatais ou Estado empresário. In: Bandeira de Mello, (coord.), Dallari, Cammarosano, Márcio *et al.* C.D.A. p. 102). O mesmo autor vislumbra dois momentos no trânsito do Estado Liberal para o Estado Social: num primeiro instante o Estado passa a assegurar a livre concorrência das forças de mercado (e se admite a intervenção do Estado no jogo das concorrências para que se restaure o "equilíbrio natural"); num segundo instante se reputa incoerente o livre jogo das forças de mercado com o interesse social: "o Estado passa a ser o responsável pelo processo econômico e, definindo políticas, a dirigi-lo" (GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: RT, 1981. 143 p. p. 18). Aponta o mesmo autor que o conceito de liberdade, inclusive, sofre uma modificação no Estado Social: a liberdade real (configurada pela acessibilidade a alternativas econômicas) passa a ser preferida em relação à liberdade formal (ibidem, p. 19). No mesmo sentido, assinala Bonavides que, com o advento do Estado Social, tanto a filosofia de esquerda como de direita chegam a um mesmo resultado: a superação do conceito liberal de liberdade (que desconsiderava os fatores econômicos). Busca-se, a partir do novo estágio estatal, a dita justiça social, somando-se ao liberalismo da Revolução Francesa elementos de socialização moderada (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. Rio de Janeiro: FGV, 1972. 258 p. p. 33). Leciona Garrido Falla que a Administração (especificamente) foi se encaminhando para aquilo que denomina de "justicia material" (GARRIDO FALLA,

Propugna García-Pelayo⁷² que se pode medir o caráter de "Bem-estar" de uma determinada política estatal pelas cifras do orçamento destinadas a serviços sociais, pelos custos destinados a resolver determinados problemas que o próprio Estado toma como sua responsabilidade. Tal assertiva, entretanto, não é absoluta, uma vez que o conceito de Estado Social se refere ao seu modo específico de ação que às vezes não pode ser quantificado, mas apenas entendido, alerta o mesmo autor⁷³.

Atesta o publicista que, em termos históricos, o Estado Social visa a adaptação do Estado Liberal à realidade social da civilização industrial e pós-industrial, com suas novas demandas, por um lado, e maior capacidade técnica, econômica e organizacional, por outro⁷⁴.

Outro aspecto a ser ressaltado quando se trata sobre o Estado Social e Democrático de Direito é o da sua possibilidade de interação com a sociedade. Se no Estado Liberal se vislumbrava de maneira antagônica a relação entre Estado e sociedade (na medida em que a própria sociedade cravou nas Constituições o limite à ação do Estado e se entende que o sistema econômico não necessita de direção de um ente externo, na medida em que ele mesmo se organiza), no Estado Social a regulação da sociedade por ela própria é tida como fonte de irracionalidade e apenas o Estado, através de suas técnicas administrativas e econômicas, pode corrigir as disfunções do sistema e gerar o desenvolvimento econômico. Nesta ordem de idéias, aponta García-Pelayo que Estado e sociedade passam a ser compreendidos como dois sistemas intimamente inter-relacionados (e não mais

Fernando. *Las transformaciones del régimen administrativo*. 2.ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962. 191p. p. 24). Para mencionado autor, vários princípios anti-individualistas se formaram no seio do Direito Administrativo: a idéia de solidariedade, de mínimo nacional de serviço público e igualmente a noção de colaboração (ibidem, p. 53-55).

⁷² GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. 3.ed. Madrid: Alianza Editorial, 1982. 211 p. p. 14.

⁷³ Ibidem, p. 14-15.

⁷⁴ Ibidem, p. 16-17. As gravíssimas crises econômicas no período entre a Primeira e a Segunda Grande Guerra geraram doutrinas econômicas como a de Keynes (1936), segundo a qual era possível combater o desemprego e outros fatores da crise através de uma orientação e controle da economia pelo Estado, deixando intacta a democracia, a economia capitalista e a propriedade privada dos meios de produção, conforme destaca García-Pelayo (ibidem, p. 20-21). O desenvolvimento da capacidade de planificação econômica, a possibilidade de rápida aplicação das teorias econômicas através de uma tecnologia intelectual foi fundamental para tal empreitada. Disto resulta o que citado autor denomina de transformação de uma política social e econômica fatorial - composta por um pluralidade de medidas desconexas e independentes entre si - para uma política sócio-econômica sistêmica - onde há a consciência do relacionamento fático dos termos e estes são manipulados teoricamente no que concerne aos seus objetivos e previsibilidade (ibidem, p. 21).

autônomos), o que se pode atestar pela relativização da dicotomia "público X privado", utilizando-se a organização estatal, inclusive, de expedientes de direito privado (empresas de constituição jurídica privada)⁷⁵.

Se o Estado de Direito foi marcado pela garantia da formalidade da liberdade, da igualdade, da segurança e da propriedade privada, o Estado Social busca implementar a materialidade dos mesmos valores através da garantia de condições existenciais básicas, com a defesa da dignidade humana (de acordo com pressupostos sócio-econômicos). Neste sentido, o aspecto da justiça distributiva (em relação à justiça comutativa) sobressai.

Assinala García-Pelayo que se o Estado de Direito era predominantemente legislador, o Estado Social é principalmente administrador, gerente⁷⁶.

Não vamos aqui nos deter exaustivamente nas várias enumerações e classificações a respeito das funções do Estado Social e Democrático de Direito. As perspectivas são as mais variadas, não só para este estágio estatal mas também para os que lhe precederam, conforme atesta Pasold⁷⁷.

⁷⁵ Ibidem, p. 25.

⁷⁶ Ibidem, p. 26. Assim sendo, o Estado Social passa a ser um tipo de organização política que se responsabiliza pela chamada *Daseinvorsorge*, enunciada pioneiramente por Forsthoff (FORSTHOFF, Ernst. *Sociedad Industrial y Administración Pública*. Traducción de Celestino Fernández de la Vega. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública (ENAP), 1967. 161 p. p. 19-20) - a "procura existencial" ou "assistência vital" (de inspiração heideggeriana), conforme a tradução. Assevera referido autor que tal conceito põe em relevo a função de prestação do atual estágio estatal, na medida em que este não é mais puramente fiscal ou patrimonial (ibidem, p. 21). A partir de tal consciência é necessário reformular a dogmática jurídico-pública, pois "(...) a Administração aportadora de prestações se baseia na participação" ("... *la Administración aportadora de prestaciones se basa en la participación*" - ibidem, p. 21-22) - não é mais possível utilizar o paradigma do Direito Administrativo do Estado Liberal - e esta "nova dogmática" terá que tutelar tal participação. A este conceito de procura existencial (mutante conforme a realidade social) corresponde uma noção de *responsabilidade existencial* por parte do Poder Público (ibidem, p. 47). Forsthoff sistematiza as funções relacionadas com esta responsabilidade existencial deste modo: a) garantia de uma relação adequada entre salários e preços - com o direito ao trabalho e a uma remuneração equitativa; b) a disciplina da demanda, da produção e do consumo; c) a geração de prestações em conformidade com as necessidades do homem da sociedade de massas (Ibidem, p. 48-49). Em relação a este último tópico, aponta citado autor que o homem moderno não possui os abastecimentos mais elementares para a vida: a água que antigamente era extraída pelo camponês em seu poço, hoje é obtida pelo "fornecimento de água", de caráter público, atrelado a um serviço público específico (ibidem, p. 49), assim como, de maneira genérica, a eletricidade, os correios, a telefonia, a seguridade e a previdência social, etc. A atuação estatal passa a estar presente na satisfação das mais variadas necessidades humanas.

⁷⁷ PASOLD, Cesar Luiz. *Função social do estado contemporâneo*. 2.ed. Florianópolis: Estudantil, 1988. 104 p. p. 63-65. Nesta obra o autor propõe que o Estado Contemporâneo (categoria utilizada pelo mesmo) deve buscar a harmonização do ente estatal com a Sociedade, na viabilização dos anseios humanos, como instrumento para a meta do Bem Comum (que é seu compromisso). Leciona citado professor que tal ente deve se responsabilizar não só pelas necessidades materiais, mas deve igualmente resguardar os valores

Basta afirmar, para os objetivos deste trabalho, tendo em conta a gama variadíssima das funções estatais no atual estágio, que este desenvolve atividades que se poderiam dizer *ancilares, auxiliares ou instrumentais* (obtenção e gestão de bens e recursos financeiros, além da escolha de agentes públicos) e *atividades principais ou atividades-fim*. Nestas últimas estariam incluídas as chamadas *funções de ordenação ou controle social*: a *função legislativa* (através de processo específico são produzidas normas gerais e abstratas que regulam o relacionamento entre os particulares e entre estes e o Estado); a *função jurisdicional* (visa a pacificação social através da resolução dos conflitos, resguardo de direitos, declaração de nulidade de normas, determinação de privação de bens e da liberdade - aplicando a lei quando provocada) e a *função de administração ordenadora* (atribuída à Administração Pública, que fiscaliza e aplica de ofício as normas referentes ao exercício de direitos por parte dos particulares, ou como leciona Carlos Ari Sundfeld, corresponde à "parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhe é próprio"⁷⁸). Além das atividades de ordenação social, a *função propriamente administrativa* engloba a prestação de serviços públicos, sociais, estatísticos, o fomento e a promoção de atividades científicas, culturais, esportivas, a construção de obras públicas, a emissão de moeda e a gestão cambial, dentre outras. Cabe ainda mencionar o *relacionamento externo* como uma quarta modalidade de função estatal. A atividade econômica é atribuída, em linhas gerais, aos particulares⁷⁹, entretanto, vimos que neste estágio estatal ampla atividade econômica foi desenvolvida pelo Estado.

Temos como marcos jurídicos principais do Estado Social e Democrático de Direito as constituições resultantes do chamado constitucionalismo social: a do México (de 1917) e a de Weimar (de 1919). A primeira, no seu art. 123, garante uma série de direitos como jornada normal diária de oito horas, disposições relativas ao trabalho noturno e de menores,

fundamentais da pessoa humana, reduzindo as desigualdades de condições entre os homens, de maneira a exercer a sua *função social* (p.65-66). Para os efeitos do presente trabalho, apesar da política governamental ora em curso (que adiante abordamos), entendemos, adotando a lição do mencionado professor e com fundamento no vigente texto constitucional (conforme as referências à frente elencadas), que o Estado Social e Democrático de Direito é o Estado Contemporâneo.

⁷⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. Malheiros: São Paulo: 1993. 128p. p. 20.

⁷⁹ Em nosso ordenamento, a Constituição prevê, no seu art. 173, que a exploração de atividade econômica pelo Estado só é permitida nas hipóteses de segurança nacional e de relevante interesse coletivo (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. 228 p. p. 96).

descanso semanal, proteção à maternidade, salário mínimo, igualdade salarial, tutela dos acidentes do trabalho, higiene e segurança do mesmo, direito de sindicalização, de greve, dentre outros⁸⁰.

Na ordem constitucional pátria, as Constituições de 1934, 1946, 1967, 1969 e 1988 incorporaram a nova geração de direitos (os sociais).

B. Crise do Direito Constitucional

No Estado Social e Democrático de Direito o cidadão e a sociedade como um todo passam a exigir prestações positivas do ente estatal, passam a ter um direito em relação à atuação deste, um "crédito". Vislumbra-se em tal formulação (conforme vimos no ponto anterior) a possibilidade de interação e não mais oposição entre o Estado e a Sociedade.

Assinala Bonavides, nesta esteira, que o conceito jurídico de Constituição entra em crise com o advento da normatividade das Constituições do Estado Social⁸¹. Esta nova ordem política e social pós Constituição de Weimar, quando o Estado não é mais o meramente *Gendarme* (dentro da perspectiva de um constitucionalismo social que busca a igualdade e a justiça social) não se limita à garantia das liberdades individuais, mas funda uma nova concepção onde as pessoas podem exigir algo do Estado. Para que tal Constituição (que se volta sobremaneira para a sociedade) seja efetivamente vivida, para que não seja apenas semântica ou nominal, como aponta Lowenstein, e sim normativa (real correspondência entre normas e realidade) são necessários mecanismos (notadamente jurídicos) que possam lhe extrair a efetividade⁸².

Um obstáculo surge: não basta que o Estado respeite e reconheça referida casta de direitos, é necessário que ele os concretize. Tal espécie de direitos demanda uma técnica jurídica de garantia que lhe confira efetividade, e neste sentido os direitos sociais são nitidamente distintos das liberdades individuais - demandam uma distinta técnica de

⁸⁰ MÉXICO. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Edición hecha por acuerdo del Presidente de la República para ser entregada gratuitamente al pueblo de México. Secretaria de la Presidencia. 2. ed. Litografía Rekord. 1972. p. 163-177.

⁸¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 510 p. p. 200-227.

⁸² LOWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo G. Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1979. 619 p. p. 219-222.

implementação. Urge, para tratar de tal problemática, fazer uma referência ao tema da eficácia das normas constitucionais.

Destaca Diniz que a questão da eficácia das normas constitucionais é um problema científico-teórico resultante do fenômeno da posituação do Direito, originada, por sua vez, dos desdobramentos e transformações da Revolução Francesa, do surgimento da *legalidade* e de uma determinada conformação estatal⁸³.

Aponta Dobrowolski que a problemática da eficácia das normas constitucionais é uma questão que interessa à Política Jurídica, na medida em que a configuração meramente retórica conferida à Constituição retira a verdadeira operacionalidade de seus dispositivos, impedindo que o direito que "deve ser" efetivamente "seja"⁸⁴. Nesta esteira surgem os institutos que buscam conferir eficácia aos preceitos da Lei Maior.

A norma constitucional, ressalta Silva, compreendida como toda a regra que integra uma constituição rígida, possui condições de aplicabilidade: *vigência* (entendida como fixação do período de disponibilidade da lei regularmente promulgada e publicada, até o seu término); *legitimidade* (compreendida como correspondente a um querer social predominante no momento); *eficácia* como a possibilidade de produzir efeitos jurídicos, disposição de aplicabilidade)⁸⁵.

Levando-se em conta as várias classificações das normas constitucionais segundo sua eficácia jurídica (tendo-se presente a mencionada noção clássica de eficácia), aponta o mesmo Silva, que estas, (a despeito da cambiante terminologia, conforme cada autor⁸⁶), dividem-se em: a) normas constitucionais de *eficácia plena* (quando produzem ou podem produzir todos os efeitos essenciais em relação aos interesses, situações e comportamentos disciplinados, diretamente, a partir da entrada em vigor da Constituição); b) normas

⁸³ DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1992. 176 p. p. 1-6.

⁸⁴ DOBROWOLSKI, Sílvio. Os meios jurisdicionais para conferir eficácia às normas constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 27, n. 106, p. 27-28, abr./jun. 1990.

⁸⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2.ed. São Paulo: RT, 1982. 258 p. p. 34-50.

⁸⁶ Maria Helena Diniz alerta para a equivocidade dos termos vigência e eficácia, afirmando que as respostas para a problemática dependem do critério analítico e da posição ideológica de cada autor. Destaca, ademais, o importante papel da *Tópica* (que adiante abordamos) como técnica de argumentação para tratar da questão da vigência e da eficácia de preceitos constitucionais (FERRAZ JÚNIOR, Tércio, DINIZ, Maria Helena, GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989. 132 p. p. 82-85).

constitucionais de *eficácia contida* (aquelas que tutelam de forma suficiente os interesses e direitos concernentes a determinada matéria, mas conferem margem de discricionariedade ao Poder Público, nos termos da lei ou em conformidade com seus conceitos gerais); c) normas de *eficácia limitada* de princípio institutivo (nas quais o legislador constituinte cria a estrutura e delimita atribuições de órgãos, entidades ou instituições, de maneira que caiba ao legislador ordinário a sua especificação definitiva) e de princípio programático (diretrizes para os órgãos estatais, verdadeiros programas de suas atividades, de modo que os fins sociais do Estado sejam alcançados)⁸⁷.

Apesar da eficácia das normas dependentes de legislação infraconstitucional e das programáticas ser de diferente natureza em relação às plenamente eficazes, as primeiras não são exortações de boas intenções, devendo ser reconhecida a inconstitucionalidade de atos ou omissões contrárias a estes dispositivos constitucionais. A programaticidade é a face moderna das Constituições, apesar de uma inicial resistência à sua juridicidade, por parte de alguns doutrinadores, destaca Bonavides⁸⁸. Lembra Freire de Carvalho que pelo simples fato de estarem insertas no texto constitucional tais normas são constitucionais, dotadas de originalidade e supremacia⁸⁹. Ressalta Dobrowolski que as Constituições de 1946 e 1967 não lograram a efetividade de preceitos desprovidos de eficácia plena, com o desatendimento dos mesmos, cujo clássico exemplo é o da participação dos empregados nos lucros das empresas⁹⁰.

Neste sentido, institutos como o da ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção visam garantir a concretização dos preceitos constitucionais ainda não aperfeiçoados em sua eficácia, de maneira que as omissões do Executivo e do Legislativo não comprometam o projeto constitucional⁹¹. Se assim não fosse, uma série de compromissos constitucionais redundariam em fórmulas vazias.

⁸⁷ Ibidem, p. 89-129.

⁸⁸ Bonavides. C. D. C. p. 218.

⁸⁹ FREIRE DE CARVALHO, Luís Alberto de Matos. Normas programáticas na Constituição. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 82, p. 163, abr./jun., 1987.

⁹⁰ Dobrowolski, op. cit., p. 32.

⁹¹ Parece-nos que o esvaziamento do mandado de injunção, como de resto a colocação de entraves processuais às denominadas *ações constitucionais*, em nossa prática judicial, tem de fato comprometido a possibilidade de construção e direção social pretendida pela atual ordem constitucional.

A Constituição deve se *realizar*, na acepção emprestada por Canotilho ao termo: a de que se tornem juridicamente eficazes suas prescrições⁹².

C. Crise do Direito Administrativo e indefinição ontológica da noção de serviço público

Assevera Rivero que, após o declínio do liberalismo econômico, a atividade administrativa continua sendo definida pela satisfação do interesse geral⁹³.

Este conceito, contudo, se num primeiro momento se refere a determinado número limitado de tarefas ("defesa nacional e actividade internacional, manutenção da ordem, a criação de condições gerais que permitam o jogo da economia - moeda, vias de comunicação -, a Justiça" e as Finanças), ou seja, consubstanciam o *Etat-gendarme*, num segundo momento se reporta a um espectro variadíssimo de ações tendentes ao desenvolvimento de setores da área econômica considerados não rentáveis pela iniciativa privada, à proteção e tutela das empresas concentradas, ao desenvolvimento de uma ordem administrativa social e de serviços que possa fazer frente à miséria do proletariado industrial urbano, e à não frustração das expectativas psicológicas de um ser humano desapontado com uma determinada experiência de liberdade⁹⁴.

A atividade da Administração passa a ser prospectiva: surgem planos de desenvolvimento, de urbanismo, diretivas, etc⁹⁵. Estas modificações engendram uma crise do Direito Administrativo que não mais se harmoniza com a realidade estatal pelo fato de suas noções terem sido cunhadas na vigência do Estado Liberal⁹⁶.

A chamada "Teoria do Serviço Público", na França, polêmica desde a sua origem, foi de grande relevância para a elaboração do próprio Direito Administrativo, estendendo-se posteriormente por toda a Europa e América Latina. Afirma Fernando Andrade de Oliveira que o conceito de serviço público foi desenvolvido de maneira especial pelos órgãos franceses do Conselho de Estado e do Tribunal de Conflitos, tendo em conta a

⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993. 1228 p. p.143.

⁹³ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. 615 p. p. 30.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 30-31.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 32.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 32-33.

necessidade de ser separada a jurisdição administrativa da comum⁹⁷. Assinala, entretanto, que tal noção não se estabilizou devido à expansão das atividades públicas⁹⁸. Ao adquirir esta elasticidade, o conceito perdeu a sua precisão, mencionando os autores seu estado de crise.

Assim, aponta Rivero que, num primeiro momento, ao se buscar uma noção-chave para definir o Direito Administrativo diferente da ambígua concepção calcada nos "atos de autoridade" e "atos de gestão", vários autores passaram a utilizar o conceito de "serviço público", especialmente Duguit e Jèze (além de Bonnard e outros, que vieram a formar a "Escola do Serviço Público"), a partir de alguns acórdãos de início do século proferidos pelo Conselho de Estado e pelo Tribunal de Conflitos⁹⁹.

Para mencionados tratadistas, a distinção entre as atividades dos particulares e a atividade pública estava na destinação desta última, que visaria unicamente satisfazer o interesse geral.

Dentro do paradigma liberal, leciona Rivero, a atividade pública de fato era nitidamente diferente quanto ao seu objeto das atividades privadas, demandando, por isso mesmo, um regime jurídico específico; surgia, então, o "Direito dos serviços públicos": o Direito Administrativo¹⁰⁰. As questões relativas à competência do juiz administrativo e ao conteúdo da disciplina quedaram elucidadas.

Entretanto, salienta o mesmo autor, a partir do momento em que se constatou que a Administração não estava jungida apenas à gestão de serviços públicos (a regulamentação da atividade dos particulares era objeto do Poder de Polícia) e que nem sempre a gestão de serviços públicos se servia dos expedientes do Direito Administrativo (utilizando institutos do Direito Civil, notadamente em matéria de contratos), tal concepção passou a se enfraquecer¹⁰¹.

E, paulatinamente após a Primeira Guerra Mundial, com o desenvolvimento pelo Estado de *serviços públicos industriais e comerciais*, e depois *sociais*, cada vez mais

⁹⁷ OLIVEIRA, Fernando Andrade de. A Administração Pública na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, No 184, p. 17-18, abr./jun. 1991.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 18.

⁹⁹ Rivero, *op. cit.*, p. 37- 38.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 38.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 38-39.

abrangentes, sua íntima conexão com institutos de Direito Privado, e a atribuição, por aquele, de serviços públicos a particulares, a noção de serviço público entrou definitivamente em crise¹⁰².

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández destacam que, nomeadamente após a onda de nacionalizações (a primeira em 1936, quando do governo de León Blum e a segunda em 1945, terminada a Segunda Guerra Mundial), ficou impossível distinguir com clareza as atividades submetidas ao Direito Administrativo das atreladas ao Direito Privado - a contar de então, os ramos se entrecruzam¹⁰³ fortemente em qualquer ato da Administração Pública¹⁰⁴.

Leciona Prosper Weil:

Ora estes novos sectores da actividade administrativa não podiam ser regidos pelo Direito elaborado pelo *Conseil d'Etat* para a administração de antes de 1914: a sua sujeição às leis e aos usos do comércio era indispensável para lhes assegurar a maleabilidade de gestão necessária a lhes facilitar a inserção no meio económico no qual eram chamados a viver. Por isso, a jurisprudência teve de admitir, a partir de 1920 (T.C., caso chamado do "bac d'Eloka", 1921), que estes serviços fossem, no seu conjunto, regidos pelo Direito Privado: a propósito deles falar-se-á de serviços públicos industriais e comerciais¹⁰⁵.

Por outro lado a intensificação das concessões de serviço público, o aumento da colaboração para a Administração de organismos privados fez com que se reconhecesse o carácter público de tais entes, repercutindo em seu regime jurídico tal reconhecimento, seja no concernente ao controle administrativo, seja no atinente às prerrogativas por eles obtidas.

Por estes fatores, segundo Weil, o Direito Administrativo foi perdendo, ao longo dos anos 40, a sua unidade e clareza, desaparecendo o critério utilizado para a aplicação específica desta disciplina e para a competência da jurisdição administrativa, no sistema francês, ora em tela¹⁰⁶. Assim, "a crise do Direito Administrativo não era uma palavra vã"¹⁰⁷.

¹⁰² Ibidem, p. 39.

¹⁰³ Para os efeitos do presente trabalho é importante notar o instante em que se esboçou este sincretismo de regimes jurídicos na atividade administrativa.

¹⁰⁴ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, op. cit., v. 1. p. 40.

¹⁰⁵ Weil, op. cit., p. 27.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 29.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 31.

A ampliação do espectro das funções estatais (inclusive para áreas antes relegadas aos particulares), a criação de instituições concebidas pela Doutrina Francesa como de Direito Privado para gerir serviços públicos e o reconhecimento do caráter público da atividade de determinadas empresas particulares fez cair por terra a noção até então estável, não mais servindo como fundamento ou critério de Direito Administrativo, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰⁸. O tradicional conceito de serviço público, como sendo "a atividade de interesse geral prosseguida por um organismo administrativo sob regime derogatório do de direito comum" (contemplando, portanto, o aspecto subjetivo, material e formal), como leciona o mesmo autor, fatalmente se tornou impreciso¹⁰⁹. Como afirmar que determinado ente era público ou privado? Como afirmar que determinada atividade era essencialmente pública ou privada?

Para o administrativista mencionado, em termos estritamente jurídicos, labirintos ontológicos à parte, "serviço público ou atividade pública é aquela que se consubstancia através de regime jurídico especial, instituído pelo Estado no interesse direto dos fins que consagrar como próprios"¹¹⁰.

A despeito das incertezas e discordâncias doutrinárias a respeito da matéria, os autores seguem classificando os serviços públicos em públicos em sentido estrito ou de utilidade pública (relativamente à sua essencialidade), próprios ou impróprios do Estado (conforme sejam ou não atribuição específica do Poder Público), administrativos ou industriais (de acordo com a finalidade), *uti universi* ou *uti singuli* (no que tange aos destinatários), obrigatórios ou voluntários (conforme se imponham ou não aos administrados), etc.

¹⁰⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: RT, 1968. 515 p. p. 160-167.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 159.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 170.

2.3. Organização Administrativa e descentralização

2.3.1. As várias modalidades de descentralização

O Estado Social e Democrático de Direito como um todo (em nosso ordenamento previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no seu Preâmbulo, arts. 1º e 3º¹¹¹) e a Administração Pública, especificamente, (entendida, conforme a lição de Rivero, como a atividade através da qual as autoridades públicas buscam a satisfação das necessidades do interesse público, utilizando-se, quando necessário, das prerrogativas do Poder Público¹¹²), na persecução da eficiência e da transparência¹¹³ política e administrativa, *desdobram-se* nas suas respectivas organizações, utilizam o expediente da descentralização. Os pontos anteriores tiveram por escopo elucidar como se chegou a tal estágio estatal e o porquê da ocorrência deste fenômeno de desdobramento.

Costuma-se falar em descentralização política ou territorial e em descentralização administrativa ou por serviços. Na descentralização política ou territorial ocorre, na observação de Cretella Júnior, uma transferência ou partilha de atribuições entre um poder central e outras unidades, todas pessoas jurídicas públicas políticas¹¹⁴.

Esta primeira modalidade, de longínqua tradição histórica (que deita suas raízes na gênese do "Município"), serviu inclusive de inspiração para a descentralização administrativa. Assim, atesta Rivero, ao tratar da descentralização aplicada à administração de Estado, que a idéia de descentralização surgiu principalmente a partir das relações entre Estado e coletividades locais. Através dela, aponta Blasi, obtém-se uma maior proximidade entre Administração e administrados, aumentando a eficiência da organização

¹¹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, op. cit., p. 1-3.

¹¹² Rivero, op. cit., p. 18.

¹¹³ Utilizamos aqui o termo transparência na acepção que lhe empresta Bobbio, no sentido de "visibilidade do poder", no sentido de governo democrático "como governo do Poder Público em público" (Bobbio. O.f. d. p. 84).

¹¹⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. *Administração indireta brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. 478 p. p. 70-71.

administrativa, com melhor possibilidade de detectar os problemas e resolvê-los, constituindo-se em verdadeiro instrumento da justiça social¹¹⁵.

Tal expediente, contudo, segundo Rivero, foi transposto para a organização da administração de Estado, para certos serviços individualizados pelo seu objeto ou estrutura, dotados de personalidade jurídica, patrimônio e órgãos diretores autônomos, batizados no sistema francês de "estabelecimentos públicos"¹¹⁶. Este método passou a se chamar "descentralização por serviços", em oposição à descentralização territorial. Destaca Blasi que esta modalidade configura técnica de condução da máquina governamental orientada por dois princípios: divisão do trabalho e especialização das funções - na qual entes criados pelo Estado (dotados de personalidade jurídica, autonomia administrativa e financeira) realizam tarefas específicas¹¹⁷.

2.3.2. Centralização, desconcentração e descentralização

Ao desenvolver, como vimos, o elenco variadíssimo de atividades administrativas, o Estado pode fazê-lo diretamente ou através de outros entes, indiretamente ("desdobrando-se"). No primeiro caso, pode se utilizar de órgãos internos que não os de cúpula (desconcentração). Na segunda hipótese, pode realizá-lo por meio de particulares ou através de pessoas jurídicas criadas por ele próprio (descentralização).

As noções de centralização, desconcentração e descentralização se referem à localização do centro decisório: pode ele estar na parte superior da Administração, inserido na mesma em órgão diverso ou em outro ente por ela criado. A centralização, assinala Gordillo, faz com que as faculdades de decisão fiquem reunidas nos órgãos superiores da Administração; a desconcentração faz com que sejam atribuídas partes de competência a órgãos inferiores, mas, ainda dentro da mesma estrutura organizacional e do mesmo ente estatal; e a descentralização, "que a competência seja atribuída a um novo ente separado da

¹¹⁵ BLASI, Paulo Henrique. *A Descentralização como Instrumento da Justiça Social*. Rio de Janeiro: Folha Carioca, 9a Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Florianópolis, 2 a 6 de maio de 1982, Tese No 27, 1982. 25 p. p. 11.

¹¹⁶ Rivero, op. cit., p. 358-359.

¹¹⁷ Blasi, op. cit., p. 12-13.

Administração Central, dotado de personalidade jurídica própria, e constituído por órgãos próprios que expressam a vontade deste ente"¹¹⁸.

Alerta Rivero que se ambos os processos (desconcentração e descentralização) buscam "aproximar a Administração do administrado", fazem-no por duas veredas distintas: na desconcentração a decisão é tomada em nome do Estado por um agente seu (apenas substitui-se o chefe da hierarquia por um agente local); na descentralização a decisão é tomada em nome e por conta de uma coletividade local por um órgão dela emanado¹¹⁹. Pode-se afirmar, portanto, que a desconcentração se reporta a órgãos e a descentralização a entes.

2.3.3. A descentralização no Direito Constitucional pátrio e alienígena¹²⁰

Algumas Constituições, mais que outras, tratam com maior minudência do expediente da descentralização.

Em nossa ordem constitucional, já no art. 1º encontramos prescrição referente à descentralização política : "A República Federativa do Brasil, *formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal* (sem grifo no original), constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)"¹²¹. No art. 18 está estipulada a autonomia destes entes, nos termos da Constituição, com outros dispositivos pertinentes nos seus parágrafos e vedações traçadas no art. 19¹²². Observe-se que tanto no art. 1º quanto no art. 18, os Municípios integram-se diretamente à Federação, razão pela qual a Carta de 1988 assumiu uma postura nitidamente autonomista. Podemos ainda salientar, no que tange aos Estados, a prescrição referente às suas Constituições (art. 25)¹²³. No que se refere à descentralização administrativa, podemos destacar, dentre vários

¹¹⁸ "(...) *que la competencia se ha atribuido a un nuevo ente separado de la administración central, dotado de personalidad jurídica propia, y constituido por órganos propios que expresan la voluntad de ese ente*" (GORDILLO, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Macchi, 1974. 2 v. V. 1.: Parte General. p. XI.1-XI.2).

¹¹⁹ Rivero, op.cit., p. 356-357.

¹²⁰ Neste item não pretendemos realizar um estudo de Direito Comparado, mas tão-só trazer alguns elementos elucidativos para os objetivos deste trabalho.

¹²¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, op. cit., p. 3.

¹²² Ibidem, p. 20.

¹²³ Ibidem, p. 27.

outros dispositivos que a pressupõe, o *caput* do art. 37, que expressamente se reporta à Administração Pública "Direta", "Indireta" ou "Fundacional"¹²⁴; seu inciso XX (criação de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública somente por lei específica)¹²⁵; o § 6º do mesmo dispositivo (que prevê a responsabilidade das pessoas jurídicas de Direito Público e de Direito Privado prestadoras de serviço público)¹²⁶; o art. 39 (referente à criação de regime jurídico único)¹²⁷, dentre outros.

No que diz respeito à descentralização como um todo (política e administrativa), a Constituição Portuguesa estabelece, no seu art. 6º, 1.: "O Estado é unitário e respeita na sua organização os princípios da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da Administração Pública"¹²⁸. Tal prescrição, portanto, já se refere expressamente (como princípio fundamental da República Portuguesa) à descentralização.

A Constituição Espanhola, no pertinente à descentralização política, ao tratar da Organização Territorial do Estado, estabelecendo princípios gerais no capítulo primeiro, no art. 137, consagra tal expediente ao rezar que "O Estado se organiza territorialmente em Municípios, em Províncias e em Comunidades Autônomas que se constituem. Todas estas entidades gozam de autonomia para a gestão de seus respectivos interesses"¹²⁹. Da mesma forma a Constituição Francesa, ao estabelecer que as coletividades territoriais da República são as comunas, os departamentos e os territórios do ultramar, abriga tal princípio (arts. 72 e seguintes)¹³⁰ e igualmente a Constituição Japonesa, no seu arts. 92 e seguintes, ao tratar do "Autogestão Local"¹³¹.

¹²⁴ Ibidem, p. 33.

¹²⁵ Ibidem, p. 34.

¹²⁶ Ibidem, p. 35.

¹²⁷ Ibidem, p. 36.

¹²⁸ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa (com as emendas posteriores incorporadas). Organizada por B. Calheiros Bomfim. 2.ed. Rio de Janeiro: Destaque, 1993. p. 3.

¹²⁹ "El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses" (BRASIL. Constituição. Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras, op. cit., V. 1 p. 394).

¹³⁰ Ibidem, V. 1. p. 455.

¹³¹ Capítulo VIII - Autonomia do Governo Local - Artigo 92. Os regulamentos concernentes à organização e às operações de entidades públicas locais serão fixados por lei, de conformidade com o princípio de autonomia local (Ibidem, V. 2. p. 561).

A Constituição Portuguesa, ao tratar especificamente da descentralização territorial no seu art. 237º (o sistema de numeração é diverso do nosso), reporta-se às autarquias locais (Freguesias, Municípios e Regiões Administrativas)¹³². A Constituição Italiana o faz no Título V, art. 114 e seguintes, configurando a República como repartida em Regiões, Províncias e Comunas¹³³. No que tange aos EUA, que nasceram da "absoluta descentralização política", sua Carta prevê, inversamente, limites para a autonomia dos Estados componentes da Federação, previstos na Seção 10 do art. 1º¹³⁴.

Com relação à descentralização administrativa, o art. 22º da Constituição da República Portuguesa já contempla as entidades públicas ao tratar da responsabilidade extracontratual da Administração Pública¹³⁵. No seu art. 202º, *d*, ao tratar da competência administrativa do Governo, reporta-se à direção da Administração Direta do Estado e à

¹³² "Título VIII - Poder Local - Capítulo I - Princípios Gerais - Artigo 237º (Autarquias locais) 1. A organização democrática do Estado compreende a existência de autarquias locais. 2. As autarquias locais são pessoas colectivas territoriais dotadas de órgãos representativos, que visam a prossecução de interesses próprios das populações respectivas. Artigo 238º (Categorias de autarquias locais e divisão administrativa) 1. No continente as autarquias locais são as freguesias, os municípios e as regiões administrativas. 2. As regiões autónomas dos Açores e da Madeira compreendem freguesias e municípios. 3. Nas grandes áreas urbanas e nas ilhas, a lei poderá estabelecer, de acordo com as suas condições específicas, outras formas de organização territorial autárquica. 4. A divisão administrativa do território será estabelecida por lei. Artigo 239º (Atribuições e organização das autarquias locais) As atribuições e a organização das autarquias locais, bem como a competência dos seus órgãos, serão reguladas por lei, de harmonia com o princípio da descentralização administrativa" (PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, op.cit., p. 116-117).

¹³³ Título V - As Regiões, as Províncias, os Municípios - Artigo 114. A República divide-se em Regiões, Províncias e Municípios. (BRASIL. Constituição. Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras, op.cit., V. 2. p. 538)

¹³⁴ Seção 10 - 1. Nenhum Estado poderá participar de tratado, aliança ou confederação; conceder cartas de corso; cunhar moeda; emitir títulos de crédito; autorizar, para pagamento de dívidas, o uso de qualquer coisa que não seja ouro e prata; votar leis de condenação sem julgamento, ou de caráter retroativo, ou que alterem as obrigações de contratos; ou conferir títulos de nobreza. 2. Nenhum Estado poderá, sem o consentimento do Congresso, lançar impostos ou direitos sobre a importação ou a exportação, salvo os absolutamente necessários à execução de suas leis de inspeção; o produto líquido de todos os direitos ou impostos lançados por um Estado sobre a importação ou exportação pertencerá ao Tesouro dos Estados Unidos, e todas as leis dessa natureza ficarão sujeitas à revisão e controle do Congresso. 3. Nenhum Estado poderá, sem o consentimento do Congresso, lançar qualquer direito de tonelagem, manter em tempo de paz exércitos ou navios de guerra, concluir tratados ou alianças, quer com outro Estado, quer com potências estrangeiras, ou entrar em guerra, a menos que seja invadido ou esteja em perigo tão iminente que não admita demora. (Ibidem, V. 1. p. 422)

¹³⁵ Artigo 22º (Responsabilidade das entidades públicas) O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte a violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem." (PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, op. cit., V. 2. p. 182)

superintendência (diríamos em nosso sistema *supervisão*) da Administração Indireta¹³⁶. Finalmente, no art. 267o, ao cuidar da Estrutura da Administração, abriga referida Lei Maior os princípios da desburocratização, desconcentração, descentralização e participação popular na gestão pública¹³⁷.

A Constituição Espanhola, por sua vez, no seu art. 103, 1 e 2, estabelece que "1. A Administração Pública serve com objetividade os interesses gerais e atua de acordo com os princípios de eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, com submissão plena à lei e ao Direito. 2. Os órgãos da Administração do Estado são criados, regidos e coordenados de acordo com a lei"¹³⁸. Prevê constitucionalmente, portanto, os expedientes da desconcentração e da descentralização, exigindo que a lei crie os órgãos da Administração Pública. Contempla a Constituição Espanhola, ademais, os aspectos de controle da Administração, (inclusive no que concerne ao seu conteúdo finalístico), e a responsabilidade extracontratual pelo funcionamento dos serviços públicos¹³⁹.

A Lei Fundamental alemã faz referência à Administração Direta e Indireta no seu art. 86¹⁴⁰, estabelecendo as atividades da competência da primeira no art. 87.

¹³⁶ Ibidem, V. 2. p. 247-249.

¹³⁷ "Artigo 267o (Estrutura da Administração) 1. A Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática. 2. Para efeito do disposto no número anterior, a lei estabelecerá adequadas formas de descentralização e desconcentração administrativa, sem prejuízo da necessária eficácia e unidade de acção e dos poderes de direcção e superintendência do Governo. 3. As associações públicas só podem ser constituídas para a satisfação de necessidades específicas, não podem exercer funções próprias das associações sindicais e têm organização interna baseada no respeito dos direitos dos seus membros e na formação democrática dos seus órgãos. 4. O processamento da actividade administrativa será objecto de lei especial, que assegurará a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito" (Ibidem, p. 125).

¹³⁸ "1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. 2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley" (BRASIL. Constituição. Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras, op.cit., V.1. p. 385).

¹³⁹ "Artículo 106 1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifica. 2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos" (Ibidem, V. 1. p. 386).

¹⁴⁰ Artigo 86 (Administração federal) Executando a Federação as leis por administração federal própria ou por entidades federais ou instituições de direito público, o Governo Federal estabelecerá as normas administrativas de carácter geral, sempre que a lei não determine disposições especiais. A Federação determinará a

2.3.4. A descentralização administrativa em nossa legislação infraconstitucional

Os termos centralização e descentralização são preferíveis às expressões Administração Direta e Indireta, bastante ambíguas. Contudo, o diploma legal pátrio (e a Constituição, como vimos) que define e estrutura a Organização Administrativa Federal (servindo igualmente de natural paradigma para as Administrações Estaduais e Municipais) - o Decreto-Lei No 200, de 25 de fevereiro de 1967, com suas alterações (em plena vigência) - refere-se à *Administração Direta*, como sendo aquela configurada pelo conjunto de órgãos componentes dos Ministérios ou diretamente ligados à Presidência da República (art. 4o, I); e à *Administração Indireta*, como sendo aquela exercida pelas Autarquias, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e Fundações Públicas (art. 4o, II, *a, b, c* e *d*)¹⁴¹. O art. 5o define cada um destes entes:

I - Autarquia - serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em Direito.

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.

IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgão ou entidades de Direito Público, com autonomia administrativa,

organização dos departamentos públicos, salvo determinação legal em contrário (ALEMANHA. Lei Fundamental da República da Alemanha. Promulgada pelo Conselho Parlamentar em 23 de maio de 1949, com as emendas até, inclusive, 23 de agosto de 1976. Tradução de José Camurça. Departamento de Imprensa e Informação do Governo Federal, Bonn. 1986. p. 54. Esta tradução foi confrontada com outra em inglês, atualizada após a unificação: BASIC LAW for the Federal Republic of Germany (Promulgated by the Parliamentary Council on 23 May 1949) (as Amended by the Unification Treaty of 31 August 1990 and Federal Statute of 23 September 1990) General Electric's Germany & Europe RoundTable. G&E RT sysop, Tony Kendall at: USA.GERMANY@GENIE.GEIS.COM. English translation revised by the Federal Ministers of the Interior, Justice and Finance, July 1991).

¹⁴¹ BRASIL. Reforma Administrativa - Decreto-Lei No 200, de 25-2-1967. Legislação Complementar. 33.ed. São Paulo: Atlas, 1995. 405 p. p. 11. Sempre que nos referirmos a estes entes, utilizaremos inicial maiúscula, tal qual esta obra mencionada. Entendemos ser esta a grafia correta, mesmo quando se trate do nome jurídico Autarquia (por exemplo) e não de uma Autarquia específica, uma vez que a palavra *autarquia* (assim como as palavras *fundação*, *empresa* e *sociedade*) é aqui empregada num sentido próprio, qual seja, o jurídico (faz alusão ao instituto, à criação jurídica). Apenas esta posição pode se harmonizar com o disposto no item XVI do nosso Formulário Ortográfico (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975. 1499p. p. XII-XIII).

patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes¹⁴².

As Autarquias, a despeito da imprecisa conceituação legal, configuram entidades de Direito Público meramente administrativas, "criadas por lei específica, para a realização de atividades, obras ou serviços descentralizados da entidade estatal que as criou", afirma Hely Lopes Meirelles¹⁴³, sem subordinação hierárquica, sujeitas tão-só ao controle finalístico.

As Empresas Públicas, por sua vez, são pessoas jurídicas de Direito Privado, formadas com capital público, apenas, que desenvolvem atividades industriais ou econômicas reputadas relevantes ao interesse público. Obedecem, portanto, aos ditames do Direito Comercial, exercem a sua atividade como se particulares fossem (salvo derrogações deste seu regime jurídico base, como, por exemplo, a necessidade da existência de lei para sua criação). Segundo Lúcia Valle Figueiredo, Empresa Pública "(...) é o cometimento estatal, dotado de personalidade jurídica, para consecução de um fim público, sob um regime jurídico com características próprias, ainda não rotulado, e que representa, na realidade, uma simbiose entre o público e o privado, quando a isso, o Estado se encontra expressamente autorizado por lei"¹⁴⁴.

As Sociedades de Economia Mista são igualmente pessoas jurídicas de Direito Privado, nas quais há o concurso de capital público e privado. São espécie do gênero paraestatal, à semelhança das Empresas Públicas, conforme as denomina Hely Lopes Meirelles¹⁴⁵. Desempenham atividade econômica ou outro serviço de utilidade pública. Obedecem o paradigma das sociedades mercantis, inclusive no que concerne ao lucro e devem se revestir da forma de Sociedade Anônima (salvo derrogações de Direito Público no seu regime)¹⁴⁶.

¹⁴² BRASIL. Reforma Administrativa, op. cit., p. 12.

¹⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 1992. 701 p. p. 62.

¹⁴⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. São Paulo: RT, 1978. 103 p. p. 82.

¹⁴⁵ Meirelles, op. cit., p. 329.

¹⁴⁶ Conclui Di Pietro a partir da dicção do § 1o do art. 173 da Constituição da República que quando o Estado exerce atividade econômica através das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista deve obedecer, no silêncio da lei, ao regime de Direito Privado (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Do Direito Privado na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1989. 175 p. p. 110).

É a respeito das Fundações Públicas, entretanto, que surge a maior celeuma, a começar pela definição do diploma legal ora em tela. Várias dúvidas, a respeito da sua natureza jurídica e regime jurídico aplicável pululam na Doutrina e na Jurisprudência. Tal é o tema de nosso próximo capítulo.

Na chamada descentralização por cooperação se situam os serviços sociais autônomos, que não integram a Administração Direta ou Indireta, mas colaboram com o Estado. Submetem-se ao disposto no art. 70 da Constituição da República¹⁴⁷ e no art. 183 do Decreto-Lei No 200/67¹⁴⁸. Na lição de Hely Lopes Meirelles:

Serviços sociais autônomos são todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de Direito Privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais. São entes paraestatais, de cooperação com o Poder Público, com administração e patrimônio próprios, revestindo a forma de instituições particulares convencionais (Fundações, Sociedades Cíveis ou Associações) ou peculiares ao desempenho de suas incumbências estatutárias¹⁴⁹.

O Decreto-Lei No 200/67 consagra, ainda, no seu art. 60, como "Princípios Fundamentais" das atividades da Administração Federal, o "Planejamento", a "Coordenação", a "Descentralização", a "Delegação de Competência" e o "Controle"; nos arts. 7o a 14 do mesmo diploma legal a aplicação prática de tais princípios é estipulada¹⁵⁰.

2.3.5. Descentralização, tendência redutora dos papéis estatais e modernas técnicas de gestão

Nos últimos anos, não só nas políticas aplicadas em nosso país, tem se verificado um encolhimento das funções estatais, com a condenação à extinção do chamado "Estado empresário" (termo ambíguo¹⁵¹) e a implementação de vários programas de "privatização"

¹⁴⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa, op. cit., p. 50.

¹⁴⁸ BRASIL. Reforma Administrativa, op. cit., p. 44.

¹⁴⁹ Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 336.

¹⁵⁰ BRASIL. Reforma Administrativa, op.cit., p. 12-14.

¹⁵¹ Grau distingue duas acepções: a hipótese de o Estado atuar "empresarialmente" e a hipótese de atuar economicamente dentro daquilo que era estipulado no art. 170 da antiga ordem constitucional - art. 173 da atual (GRAU, Eros Roberto. Empresas estatais ou Estado empresário. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio - org.. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1986. 180 p. p. 101-119). No presente estudo, referimo-nos ao Estado que cria entidades que exploram atividade econômica.

ou de "desestatização"¹⁵². O dado que nos interessa, contudo, dentro da delimitação deste trabalho, é que tal escalada de privatizações, seja no aspecto legislativo como na prática política, não tem atingido os entes que não exploram atividade econômica (Autarquias e Fundações Públicas).

Outra idéia notoriamente defendida em vários programas de governo é a aplicação dos princípios da chamada "Qualidade" à Administração Pública, notadamente aos serviços por ela prestados¹⁵³. Deming, um dos mentores desta corrente, propõe uma transformação do modo de gerir através da diminuição do custo total, a introdução da "qualidade" desde um primeiro estágio, a estipulação da continuidade de propósitos para a melhoria dos serviços, a eliminação do processo de administração por objetivos numéricos e a utilização de programas de educação e auto-aprimoramento¹⁵⁴.

Osborne e Gaebler, por sua vez, ao tratar especificamente da Administração Pública, apontam que, de acordo com as circunstâncias atuais enfrentadas, pode ser necessário despendar ou economizar, "privatizar" ou "estatizar"¹⁵⁵. O crucial para a

¹⁵² Vide, a este respeito, a Lei No 8.031, de 12-04-1990 (com o seu posterior Decreto e demais alterações), que criou o Programa Nacional de Desestatização (BRASIL. Reforma Administrativa, op. cit., p. 148-154). O próprio Decreto No 83.740, de 18-07-1979, que instituiu o Programa Nacional de Desburocratização, já estipulava como objetivo do mesmo a redução da "máquina administrativa federal" e "a transferência do controle para o setor privado" dentro de determinados parâmetros (Ibidem, p. 69-70). Vide igualmente sobre o processo de desestatização em curso: VERANO, Rachel, EDWARD, José. Sujeira sob o tapete. *Veja*, São Paulo, ano 30, No 31, p. 66-71, 6 de agosto de 1997.

¹⁵³ Neste sentido, a proposta de emenda constitucional original do Governo Federal, no substitutivo adotado pela Comissão Especial: "Art. 3º. O caput, os incisos I, II, V, VII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XIX e XXI, e o § 3º do art. 37 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação, acrescidos ao artigo os seguintes §§ 7º a 9º: 'Art. 37 - a administração pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados e do Distrito federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, *qualidade do serviço prestado* (sem grifo no original) e, também ao seguinte: (...)'"

" (...)Art. 5º. O art. 39 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: '(...) § 9º Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação dos recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de *programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade* (sem grifo no original)" - texto extraído no endereço eletrônico do Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE) na Internet: (atualizado em: 10/04/97) mare.gov.br..

¹⁵⁴ DEMING, Edward. *Qualidade: a Revolução da Administração*. Tradução de Clave Comunicações. Rio de Janeiro: Marques-Saraiva, 1990. 367 p. p. 17-72.

¹⁵⁵ OSBORNE, David, GAEBLER, Ted. *Reinventando o Governo*. Tradução de Sérgio Bath e Ewandro Magalhães Jr.. Brasília: MH Comunicação, 1994. 436 p. p. XV-XVI.

eficiência administrativa, segundo estes autores, é a transformação da mesma, de maneira que esta se torne empreendedora, preventiva, *descentralizada*, orientada para o mercado e indutora de mudanças¹⁵⁶.

Não é nova a aplicação de modelos de gestão privada à Administração Pública. A influência da dita administração científica é antiga. No que concerne às específicas técnicas de gestão, auxiliaadoras sobremaneira do Direito Administrativo Organizatório (parte do Direito Administrativo preocupada com a organização, a estrutura da Administração Pública), a constatação relevante para os efeitos do presente trabalho é que os estudos mais recentes continuam a advogar a descentralização, como vimos. Dentre outros meios descentralizadores, portanto, podemos afirmar que a criação de entidades pelo Estado continua sendo um recurso aconselhável, inclusive no que concerne às Fundações Públicas. Tratemos delas.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 213-341.

3. A CONTROVÉRSIA A RESPEITO DA NATUREZA JURÍDICA DAS FUNDAÇÕES PÚBLICAS

3.1. *Divergências concernentes à existência das Fundações Públicas*

O que é uma Fundação Pública? Equivale à Fundação de Direito Público? Ou é uma pessoa jurídica de Direito Privado? Ou pode a Fundação Pública (Governamental, segundo alguns) se subdividir (já que a denominação "Fundação" é uma divisão em si mesma, como veremos adiante) em Fundação Pública de Direito Público e Fundação Pública de Direito Privado? Qual o regime jurídico aplicável?

A Doutrina pátria é divergente; a Jurisprudência também. Eis a polêmica e o terreno é movediço, uma vez que o problema tem, inclusive, históricas repercussões na questão da moralidade (ou imoralidade) administrativa, conforme veremos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é nebulosa em relação à identificação das Fundações Públicas. Nos arts. 22, XXVII; 71, II, III e IV; 169, parágrafo único; 150, § 2o; e 18 do ADCT, utiliza o legislador constituinte o termo "Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público". Nos arts. 37, XIX e 19 do ADCT usa o nome "Fundações Públicas". No art. 37, XVII "Fundações mantidas pelo Poder Público". No art. 163, II se refere ao termo "Fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público". No art. 8o do ADCT, § 5o utiliza a expressão "em todos os níveis de governo ou em suas Fundações"¹⁵⁷.

Ademais da diversidade da nomenclatura constitucional, outros obstáculos (alguns verdadeiros e outros aparentes) existem para compreensão e o correto enquadramento da matéria. O primeiro deles diz respeito a uma suposta impossibilidade da existência de Fundações de Direito Público.

Para Franco Sobrinho, "a pessoa jurídica chamada Fundação, não há como forçar argumentos que se perdem na abstração, sejam quais sejam os seus fins

¹⁵⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, op. cit., p. 25-129.

específicos, somente poderão ser de Direito Privado, porque assim está institucionalizada e consagrada pelo Direito Positivo"¹⁵⁸.

Para Coelho, a não aceitação da natureza jurídica de Direito Público não redonda num preconceito civilístico, mas se trata de mera precisão terminológica: "Esta ótica deformada das Fundações Públicas tem levado a não se perceber que a tese da sua natureza jurídica de Direito Privado é *exigência de rigor científico* e não mero apego, intencional ou não, a fórmulas normativas vetustas"¹⁵⁹.

Segundo Cavalcanti a idéia de Fundação está inexoravelmente ligada ao regime de Direito Privado. Afirma o autor que apenas as Autarquias se submetem ao regime de Direito Público, razão pela qual o recurso à noção de uma "Fundação Pública" para explicar a estrutura daqueles entes seria desnecessário: "A verdade, entretanto, é que a idéia de Fundação muito se afasta das modernas instituições jurídicas, mas próximas do Direito Público, em sua estrutura e finalidade"¹⁶⁰.

Caio Tácito vislumbra na Fundação Pública um ente semelhante às Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista: "Acentuamos, com respeito às Empresas Públicas, como das Sociedades de Economia Mista, sua destinação ao atendimento de serviços públicos virtuais, como pessoas jurídicas administrativas 'nas quais a forma é de Direito Privado, mas o substrato é público'(nosso *Direito Administrativo*, Saraiva, 1975, p. 171). Igual é a gênese da recepção, no plano da Administração Pública, da categoria de Fundações criadas e mantidas pelo Estado, com finalidade de atender a um serviço público específico"¹⁶¹.

Meirelles, que igualmente não contemplava a possibilidade de existirem Fundações Públicas, alterou a sua concepção nas últimas edições da sua obra "Direito

¹⁵⁸ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Fundações e empresas públicas*. São Paulo: RT, 1972. 277p. p. 10-11.

¹⁵⁹ COELHO, Luiz Fernando. *Fundações públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. 104 p. p. 26.

¹⁶⁰ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. 5.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981. 542 p. p. 136.

¹⁶¹ FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. Parecer de 11 de dezembro de 1990. FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS - FUNDAÇÃO PÚBLICA - SUPERVISÃO - A Fundação Pública, como ente descentralizado da Administração Pública, vincula-se à supervisão ministerial. Inexistindo qualquer forma de controle governamental, a Fundação Getulio Vargas não se equipara a Fundação Pública. Caio Tácito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, jan./mar. 1991, p. 248.

Administrativo Brasileiro", devido ao tratamento dispensado pela Constituição a estes entes: "Com esse tratamento, a Carta da República transformou essas Fundações em *entidades de Direito Público*, integrantes da Administração indireta, ao lado das autarquias e das entidades paraestatais"¹⁶².

Já C. A. Bandeira de Mello não só concebe a existência de Fundações de Direito Público, mas tem como "(...)absolutamente incorreta a afirmação normativa de que as Fundações Públicas são pessoas jurídicas de Direito Privado", ao se referir à definição do ente estipulada no art. 4º, II, *d* do Decreto-lei No 200/67, (com a alteração introduzida pela Lei 7.596 de 10.4.87), apontando, ademais, que a controvérsia doutrinária a este respeito ocorreu apenas entre nós¹⁶³. Para referido administrativista, o Estado tanto pode criar pessoas de Direito Público que obedeçam o modelo jurídico de uma Fundação (configurando Autarquias), como pode criar pessoas de Direito Privado com este mesmo paradigma¹⁶⁴.

Cretella Júnior, por sua vez, afirma: "Admitir apenas a *Fundação Privada* é aceitar o *primado do Direito Civil*, promovendo-o, por antigüidade, à matriz mesma da Ciência Jurídica, ramo-fonte do Direito do qual derivariam os demais"¹⁶⁵. Para o autor, a resistência à idéia de Fundação de Direito Público se deve a uma miopia causada por resquícios de preconceitos privatísticos. Estes não permitem que se vislumbre no ente Fundação uma categoria genérica (aplicável ao Direito Privado e ao Direito Público)¹⁶⁶.

Senna e Monteiro entendem que as Fundações criadas pelo Poder Público são uma nova categoria de pessoa administrativa que nem sempre são pessoas jurídicas de Direito Privado, mas igualmente não são espécie do Autarquia¹⁶⁷.

¹⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1992. 701p. p. 316-317.

¹⁶³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. 527p. p. 82.

¹⁶⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Prestação de serviços públicos e Administração Indireta*. 2.ed. São Paulo: RT, 1979. 180p. p. 149.

¹⁶⁵ CRETILLA JÚNIOR, José. *Fundações de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. 103 p. p. 31

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 9.

¹⁶⁷ SENNA, Homero, MONTEIRO, Clóvis Zobarán. *Fundações no Direito e na Administração*. Rio de Janeiro: FGV, 1970. 379 p. p. 231.

Ferreira distingue duas categorias de pessoas administrativas: as Autarquias Fundacionais (pessoas jurídicas de Direito Público) e as Fundações de Direito Privado instituídas pelo Poder Público¹⁶⁸.

Medauar assevera que o ordenamento jurídico tanto pode conferir personalidade jurídica de Direito Privado como de Direito Público às Fundações¹⁶⁹.

Oliveira contempla a existência tanto de Fundações de Direito Público (absorvidas no conceito de Autarquia) quanto de Fundações de Direito Privado instituídas, mantidas e administradas com a co-participação do Estado¹⁷⁰.

Mukai concebe a existência de Fundações instituídas pelo Estado de Direito Privado e de Direito Público¹⁷¹.

Di Pietro aponta que o Poder Público, ao criar uma Fundação, pode conferir-lhe personalidade pública ou privada¹⁷². Para citada autora, não se pode contestar a possibilidade de aplicar ao Direito Público a distinção que o Código Civil faz a respeito das duas modalidades de pessoas jurídicas privadas: Associação e Sociedade, por um lado, e Fundação, por outro (art. 16, I). Se na pessoa jurídica de forma associativa o elemento primordial é a existência de determinados membros que se associam para atingir determinado fim que a eles mesmos beneficiam, na Fundação o elemento principal é o patrimônio destinado à realização de determinados fins que transcendem o âmbito da própria entidade, beneficiando terceiros - tal distinção se aplica tanto às pessoas jurídicas privadas quanto às pessoas jurídicas públicas, afirma a administrativista¹⁷³.

¹⁶⁸ FERREIRA, Sérgio de Andréa. *As Fundações de Direito Privado instituídas pelo Estado*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1973. 157 p. p. 69-70.

¹⁶⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: RT, 1996. 456 p. p. 87-88.

¹⁷⁰ OLIVEIRA, Fernando Andrade de. A Administração Pública na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, FGV, p. 11. abr./jun. 1991.

¹⁷¹ MUKAI, Toshio. As Fundações de Direito Público e de Direito Privado na Constituição de 1988. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, p. 99, fev. 1991.

¹⁷² Di Pietro, op. cit., p. 125.

¹⁷³ Ibidem, p. 126.

Para Gasparini, nesta mesma esteira, o Estado pode criar pessoas de Direito Público ou de Direito Privado, de maneira a oferecer aos administrados serviços úteis¹⁷⁴.

Caetano entende que quando a lei torna autônomo um determinado patrimônio dentre o conjunto dos bens da Administração e o entrega a uma organização própria que venha a perseguir um fim administrativo, cria-se uma Fundação Pública: "se, portanto, a lei autonomiza um patrimônio de entre o conjunto dos bens da Administração e o confia a uma organização própria para que esta realize permanentemente um fim administrativo, poderemos admitir que há uma Fundação Pública: esse caráter resulta da criação e organização por lei, da natureza dos bens patrimoniais e do fim a realizar"¹⁷⁵.

C. García Oviedo e E. Martínez Useros aceitam a existência de Fundações Públicas, constituídas segundo normas de Direito Público, dotadas de patrimônio próprio e atreladas a um fim público¹⁷⁶.

García-Trevijano Fos atesta, igualmente, a existência de Fundações de Direito Público, destacando a prescindibilidade de se recorrer a outras noções, a desnecessidade de se forjar um *tertium genus*¹⁷⁷.

Lentini subdivide as Autarquias em Corporações e Fundações. Distingue o autor os entes de base associativa dos de base patrimonial, inserindo as Fundações nesta última espécie¹⁷⁸.

¹⁷⁴ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 651p. p. 257.

¹⁷⁵ CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. 583 p. p. 74.

¹⁷⁶ "Son unidades constituidas según normas de Derecho público, dotadas de patrimonio propio, con destino a un fin de interés general (Instituciones públicas de Beneficencia, Cajas públicas de Ahorro, etc.)" GARCIA OVIEDO, C., MARTINEZ USEROS, E.. *Derecho Administrativo*. 9.ed. Madrid: E.I.S.A., 1968. vol. I. p. 200.

¹⁷⁷ "¿Cabe hablar de la Institución como *tertium genus*? Según un sector doctrinal extranjero cabría hablar de ella como algo distinto de la Fundación y de la Asociación. En realidad se trata de las Fundaciones de Derecho público y no hay porque violentar la terminología del Código" (GARCIA-TREVIJANO FOS, Jose Antonio. *Tratado de Derecho Administrativo*. 2.ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1971. Tomo II. Vol. I. p. 297).

¹⁷⁸ "Degli enti autarchici possono farsi le seguenti distinzioni: a) corporazioni e fondazioni; (...) Delle istituzioni, che sono collettività che vivono al di fuori della persona giuridica, limitandosi ad avvantaggiarsi della sua attività e delle prestazioni alcune sono a base associativa, altre a base patrimoniale; queste vengono chiamate fondazioni" (LENTINI, Arturo. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. Milano: Società Editrice Libreria, 1939. Vol. Primo. Parte Generale. p. 82).

Vitta não só figura a viabilidade das Fundações Públicas, como salienta que na Itália, (na década de sessenta - época da edição da obra), elas eram numerosíssimas¹⁷⁹.

Valles, ao tratar dos entes autárquicos não territoriais concebe a existência de Instituições Públicas na forma de Fundações. Destaca que são muitas as instituições públicas de assistência e beneficência, em geral Fundações, com fins médicos, educacionais, profissionais, etc¹⁸⁰.

Grisel afirma que o Estado é competente para constituir Fundações Privadas e Fundações Públicas (como *établissement public*) - sendo que a caracterização destas se dá pela submissão ao Direito Público, e não apenas pelo fato de haver sido criada por uma "coletividade pública"¹⁸¹.

Forsthoff sustenta uma tripartição das Fundações: particulares, públicas de fim eclesiástico ou de utilidade pública e Fundações de Direito Público¹⁸².

Deste modo, pode-se afirmar que na Doutrina pátria há um entendimento predominante no sentido de existirem Fundações criadas pelo Estado tanto de Direito Privado quanto de Direito Público. Na Doutrina alienígena a questão é bastante pacífica, como vimos: os administrativistas estrangeiros claramente contemplam a existência de Fundações de Direito Público, conforme já atestava C. A. Bandeira de Mello, na obra que referimos: "seria ocioso continuar desfilando citações da Doutrina. O reconhecimento da existência de Fundações de Direito Público - como espécie do

¹⁷⁹ "Le fondazioni pubbliche in Italia sono numerosissime; come ho fatto per gli enti corporativi, non accennerò se non alle principali, classicandole secondo i loro scopi" (VITTA, Cino. *Diritto Amministrativo*. 5.ed. Torino: Unione Tipografico, Editrice Torinese, 1962. 768 p. p. 172).

¹⁸⁰ "Le Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza sono enti numerosissimi; travolta corporazioni, più spesso fondazioni: esse esistono con la destinazione: a) di prestare assistenza ai poveri tanto in istato di sanità, quanto di malattia; b) di procurarne l'educazione, l'avviamento a qualche professione, arte o mestiere, od in qualsiasi altro modo il miglioramento morale od economico"(VALLES, Arnaldo de. *Elementi di Diritto Amministrativo*. Terza Edizione. Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1965. 348 p. p. 116).

¹⁸¹ "Il ne suffit pas qu'une fondation soit créée par une collectivité publique pour être de nature publique; l'Etat est compétent pour constituer des fondations privées aussi bien que des fondations publiques (JA XIII No 16 p. 25 s.)" - GRISEL, André. *Droit Administratif suisse*. Neuchatel: Éditions Ides et Calendes, 1975. 546p. p. 127.

¹⁸² "La fundación se divide en tres clases: la particular, también denominada fundación familiar por su fin típico, la fundación pública que se distingue de aquella por servir a un fin eclesiástico o de utilidad pública, y la fundación de Derecho público"(FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*. Traducción de la 5.ed. alemana de Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junge. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958. 768 p. p. 650).

gênero autarquia - é corriqueiro e pacífico entre os estudiosos de Direito Administrativo nos diversos países"¹⁸³.

3.2. Elucidações terminológicas, classificação e critérios para a distinção entre as Fundações Públicas

Tivemos a oportunidade de observar que para boa parte dos autores as Fundações Públicas seriam espécie do gênero Autarquia (que igualmente englobaria a espécie Autarquia Corporativa). Como alerta Cretella Júnior, apesar de a idéia de Fundação de Direito Público ter precedido de muito a de Autarquia (na Itália já era tratada desde o início do século), bizarramente mais tarde estas passaram a abranger tanto a modalidade Fundação como a Corporação - passando a primeiro plano em vários países (inclusive entre nós) a noção de Autarquia e quedando esquecida a de Fundação Pública e de Corporação Pública¹⁸⁴. Assim, atualmente, a Doutrina majoritária afirma que a Fundação de Direito Público e a Corporação de Direito Público são espécies do gênero Autarquia¹⁸⁵.

Com base nesta classificação, Mukai, buscando harmonizar do ponto de vista hermenêutico a nomenclatura constitucional e infraconstitucional, expõe o seguinte raciocínio: como as Fundações Públicas de Direito Público são espécie, estão compreendidas no gênero Autarquia, ao se referir a esta, o texto constitucional já se reporta àquelas; quando a Constituição menciona os termos "Administração Fundacional", "Fundações instituídas e/ou mantidas pelo Poder Público", "Fundações Públicas", etc, na verdade dispõe a respeito das Fundações Públicas de Direito Privado.

Assevera o autor: "Em segundo lugar, se a Fundação de Direito Público é espécie do gênero Autarquia, toda vez que um dispositivo fizer referência ao gênero, evidentemente, estará abrangendo a espécie, razão por que qualquer referência à Fundação, seja com qualquer dos qualificativos mencionados, deve ser entendida no sentido da contemplação da Fundação de Direito Privado, posto que o outro tipo já estará também abrangido pela expressão Autarquia"¹⁸⁶.

¹⁸³ Bandeira de Mello. P.s.p. e A. I. p. 157.

¹⁸⁴ Cretella Júnior. A. I. B. p. 158.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 158-159.

¹⁸⁶ Toshio Mukai, op. cit., p. 106.

Apesar de aparentemente inusitada, a posição de Mukai tem o mérito de ser coerente com a distinção doutrinária (contemplada pela Jurisprudência majoritária, conforme veremos) e confere um sentido lógico ao cipoal da nomenclatura constitucional e infraconstitucional. Ademais, apresenta-se como uma solução razoável, favorece a decidibilidade, razão pela qual tem sido encampada nas mais recentes posições do Tribunal de Contas da União, adiante citadas. Abordaremos tal raciocínio com maior profundidade adiante.

Se a Doutrina predominante, como vimos, concebe a existência de Fundações de Direito Público e a distinção entre Fundações Públicas de Direito Público e Públicas de Direito Privado¹⁸⁷, segue pendente a questão de reconhecer, de fato, a feição, os "sintomas" de cada uma delas, de maneira a lhes atribuir o seu respectivo regime jurídico.

Tradicionalmente, a Doutrina tem apontado que o critério para fornecer uma distinção entre Fundações Públicas de Direito Público e Fundações Públicas de Direito Privado seria o do ato de sua constituição.

Só haveria Fundação de Direito Público quando o Estado destinasse, através de uma lei específica, um patrimônio autônomo a um determinado fim considerado como público, de sua competência. A própria lei, nesta hipótese, já se reportaria ao caráter público da entidade. A lei *criaria* a Fundação Pública de Direito Público, enquanto que *autorizaria* a Fundação Pública de Direito Privado a ter seus atos constitutivos registrados no cartório competente, conforme os parâmetros do Direito Civil.

Ao instituir uma pessoa jurídica sob a forma de Fundação, o Estado tanto poderia submetê-la ao regime jurídico administrativo (com suas respectivas prerrogativas e sujeições), ou poderia subordiná-la ao Código Civil (mas com as derrogações de Direito Público), leciona Di Pietro¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Apesar de não soar bem, preferimos esta terminologia à expressão Fundação Governamental. Como examinaremos, mesmo as Fundações Públicas de Direito Privado sofrem uma série de derrogações de Direito Público no seu regime jurídico básico e não apenas são instituídas pelo Estado. Como entendo que o nome Fundação Governamental alude apenas ao fenômeno da criação estatal (e não a estas outras características) utilizaremos aquelas expressões, a despeito de aparentemente esdrúxulas.

¹⁸⁸ Di Pietro, op. cit., p. 127.

Assim, salienta Ferreira que o Estado, através de um ato legislativo formal, criaria um ente de Direito Público, mas somente autorizaria a criação, na hipótese de pessoa jurídica de Direito Privado¹⁸⁹. Na primeira situação estariam as Autarquias (inclusive as Fundacionais) e na segunda estariam as Fundações de Direito Privado instituídas pelo Poder Público.

Ressalta C. A. Bandeira de Mello, sobre a criação das Fundações "Governamentais" de Direito Privado: "No caso, entretanto, por se tratar de entidade privada, não bastaria a lei autorizadora. Seu processo de origem requer a obediência aos requisitos previstos no diploma civil para a entronização da criatura no universo jurídico. Daí que se impõe a realização de escritura pública e registro para personalização da entidade. O controle dos atos constitutivos supõe a intervenção do Ministério Público, como prevê o Código Civil¹⁹⁰".

Tal interpretação se harmonizava com o disposto no art. 5º, IV e § 3º do Decreto-lei 200/67, já que o primeiro preceito a define como "a entidade dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa (...)", e o segundo estabelece que esta só adquire personalidade jurídica após a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas¹⁹¹.

Para Cretella Júnior, contudo, seria necessário examinar o regime jurídico como um todo para se classificar a Fundação como de Direito Público ou de Direito Privado¹⁹². Salienta: "O processo nomogenético, entretanto, não é índice típico, suficiente por si só, para determinar a diferença entre Fundação Pública e a Fundação Privada, porque, se é verdade que, por um lado, só a lei pode criar Fundações de Direito Público, por outro lado,

¹⁸⁹ Sergio de Andréa Ferreira, op. cit., p. 71-72.

¹⁹⁰ C.A. Bandeira de Mello. P. S. P. A. I. p. 169.

¹⁹¹ BRASIL. Reforma Administrativa, op. cit., p. 12.

¹⁹² Cretella Júnior. F.D.P. p. 68.

também por lei Fundações de Direito Privado ou outras entidades de Direito Privado podem ser criadas"¹⁹³.

Com o advento da nova ordem constitucional, entretanto, tanto as Fundações Públicas de Direito Público como as Públicas de Direito Privado só podem ser criadas por lei específica (art. 37, XIX¹⁹⁴), conforme a interpretação acima mencionada (segundo a qual quando texto constitucional se refere às Fundações Públicas, cuida das Públicas de Direito Privado - já que as de Direito Público estariam compreendidas no termo Autarquia). As observações relativas ao critério nomogenético, contudo, continuam possuindo alguma pertinência, uma vez que o próprio ato legislativo pode oferecer um forte indício sobre a natureza jurídica da Fundação Pública (nomeando-a como de Direito Privado, por exemplo) sem poder assegurá-la, conforme a lição citada e ainda válida do Professor Cretella Júnior. Ademais, como a Jurisprudência (mencionada adiante), segue entendendo necessário o registro dos atos constitutivos no Registro respectivo, muito embora a lei crie, materialmente ela redunde em autorização. Portanto, a Doutrina tem se restringido mais ao ato de criação ou constituição para identificar a natureza jurídica das Fundações Públicas.

Já a Jurisprudência tem adotado, como veremos, um critério que tem em mira especialmente o tipo de serviço na hora de distinguir as duas modalidades de Fundação Pública.

Examinemos, primeiramente, as posições mais recentes do Superior Tribunal de Justiça.

Podemos distinguir duas correntes: uma, capitaneada pelo Ministro Athos Carneiro, que entende que as Fundações Públicas, genericamente, equiparam-se às Empresas Públicas¹⁹⁵; e outra que as equipara às Autarquias, esposada, por exemplo, pelo

¹⁹³ Ibidem, p. 69-70.

¹⁹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa, op. cit., p. 34.

¹⁹⁵ a) Conflito de Competência No 77/89 (DF)

Ementa:

"Conflito de Competência. Fundação Pública Federal. Artigo 109, *i*, da Constituição Federal. As Fundações Públicas Federais, como entidades de Direito Privado, são equiparadas as Empresas Públicas, para os efeitos do artigo 109, *i*, da Constituição da República. Competência da Justiça Federal, para processar e julgar as causas de que participem. Conflito improcedente"(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de

Ministro Milton Luiz Pereira¹⁹⁶. O Ministro Adhemar Maciel, por sua vez, posiciona-se no sentido de que a redação dada pela Lei No 7.596, de 10 abril de 1987 ao Decreto-lei

Competência No 77/89. Rel.: Ministro Athos Carneiro. 9 de agosto de 1989. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, [Brasília], v.3, p. 720).

b) Conflito de Competência No 76/89 (DF)

Ementa:

"Conflito de Competência. Fundação Pública Federal. Artigo 109, I, da Constituição Federal. As Fundações Públicas Federais, como entidades de Direito Privado, são equiparadas às Empresas Públicas, para os efeitos do artigo 109, I, da Constituição da República. Competência da Justiça Federal, para processar e julgar as causas de que participem. Conflito improcedente"(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência No 76/89. Rel.: Ministro Athos Carneiro. 18 de agosto de 1989. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, [Brasília], v.4, p. 1245). No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência No 340/89. Rel.: Ministro Waldemar Zveiter. 30 de agosto de 1989. *Diário da Justiça da União*, [Brasília], 25 set. 1989, p. 14948. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência No 1293/90. Rel.: Ministro Waldemar Zveiter. 14 dez. de 1990. *Diário da Justiça da União*, [Brasília], 1 out. 1990, p. 10427, 11 mar. 1991, p. 2371. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência No 2778/92. Rel.: Ministro Flaquer Scartezzini. 4 de junho de 1992. *Diário da Justiça da União*, [Brasília], 29 jun. 1992, p. 10261. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência No 16367/96. Rel.: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 28 ago. 1996. *Diário da Justiça da União*, [Brasília], 17 fev. 1997, p. 2119.

¹⁹⁶ a) Recurso Ordinário em Mandado de Segurança No 464/90 (CE)

Ementa:

Administrativo - Fundação - Acumulação de Cargo - Artigo 99, § 2o., C.F./67 - Artigos 5o, XIII, e 37, XVII, C.F./88 - Lei Estadual No 11.311/87-. 1. Fundação, instituída e fiscalizada pelo Poder Público, com patrimônio público, mantida por verbas orçamentárias, criadas para a execução de atividades públicas descentralizadas, sujeita ao Tribunal de Contas, inserindo-se na Administração Indireta do Estado, são pessoas jurídicas de Direito Público e os seus cargos, funções ou empregos, portanto, são públicos, sob a disciplina da vedação de acumulação (art. 99, § 2o, C.F./67-; art. 37, XVII, C.F./88-). 2. forte manifestação doutrinária, inclusive, afirma que tais Fundações são espécie do gênero Autarquia. 3. reconhecimento da proibição de acumular o emprego em causa com outro cargo público. 4. Recurso Improvido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário No 464/90 (em Mandado de Segurança). Rel.: Ministro Milton Luiz Pereira. 20 set. 93. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, [Brasília], v. 65, p. 209).

b) Conflito de Competência No 14011/95 (RS)

Ementa:

Processual Civil - Conflito de Competência - Universidade Federal de Pelotas - Fundação de Direito Público - Constituição Federal - Art. 109, I. 1. As Fundações de Direito Público, criadas por lei, instituídas para a gestão de serviço estatal, por suas finalidades e atividades não lucrativas (no caso, educação, cultura e pesquisa científica), origem e obtenção de recursos e patrimônio públicos, devem ser equiparadas a "espécie do gênero Autarquias" ou, até mesmo, por equiparação, generalizadas como "Empresas Públicas Federais", ficando removidos os óbices para o desfrute do foro federal (art. 109, I, C.F.). 2. Iterativos precedentes do STF e do STJ. 3. Conflito improcedente, declarando a competência da Justiça Federal (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência No 14011/95. Rel.: Ministro Milton Luiz Pereira. 8 ago. 1995. *Diário da Justiça da União*, [Brasília], 4 dez. 1995, p. 42073). No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência No 14748/95. Rel. Ministro Adhemar Maciel. 13 mar. 1996. *Diário da Justiça da União*, [Brasília], 27 maio de 1996, p. 17806.

200/67, definindo as Fundações Públicas como pessoas jurídicas de Direito Privado, não teria sido recepcionada pela Carta de 1988¹⁹⁷.

Já no Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento do RE No 101.126, em 24 de outubro de 1984, sendo relator o Ministro Moreira Alves, assumiu a Corte a posição segundo a qual determinadas Fundações Públicas são espécie do gênero Autarquia:

Acumulação de cargo, função ou emprego. Fundação instituída pelo Poder Público. Nem toda Fundação instituída pelo Poder Público é Fundação de Direito Privado. As Fundações instituídas pelo Poder Público que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem ao regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são Fundações de Direito Público e, portanto, pessoas jurídicas de Direito Público. Tais Fundações são espécies do gênero Autarquia, aplicando-se a eles a vedação a que alude o § 2o do art. 99 da CF¹⁹⁸.

A partir deste processo, portanto, o Supremo Tribunal Federal, através do Pleno, passou a conceber a existência e a diferença entre Fundações Públicas de Direito Público e Fundações Públicas de Direito Privado. Tal pronunciamento teve uma importância considerável, na medida em que as Fundações eram simplesmente batizadas de privadas (e muito proliferavam) para escapar dos controles moralizadores e para que seus agentes pudessem acumular cargos e empregos (haveria a vedação se fosse considerada de Direito Público). Passou-se a adotar um critério real, material, e não apenas formal, para que tais

¹⁹⁷ Recurso Especial No 31549 (SC)

Ementa :

Processual Civil. Fundação Governamental Estadual. Pessoa Jurídica de Direito Público. A Lei N. 7.596/87, na parte em que tem a Fundação como Pessoa de Direito Privado, não foi recepcionada pela Nova Constituição, a qual dá tratamento de Pessoa de Direito Público às Fundações Governamentais. Privilégios do art. 188 do CPC. Revelia. O Prazo para apelar é contado da publicação da sentença pelo Diário da Justiça na falta de leitura da sentença. Recurso Especial provido. I - A Recorrente Especial (Extinta) era uma Fundação Governamental Estadual, criada por lei. Goza dos Privilégios de "Fazenda Pública" para os efeitos de recorrer em prazo dobrado (CPC, art. 188). A Lei N. 7.596/87, que alterou os Decretos-Leis N. 200/67 E 900/69, insistindo que a Fundação é "Pessoa Jurídica de Direito Privado", não foi recepcionada pela Constituição de 1988 no particular. Hoje, pelo tratamento Constitucional, as Fundações Governamentais são Pessoas Jurídicas de Direito Público. II - A "Fundação Hospitalar de Santa Catarina" teve sua revelia decretada. A sentença que a condenou não foi publicada em audiência. Foi publicada no Diário da Justiça, que circulou nas Férias Forenses (janeiro). Assim, só em fevereiro é que teve início o prazo de 30 (trinta) dias para que a ré, mesmo revel, apelasse. A publicação de sentença é de imposição constitucional e infraconstitucional. O apelo se deu tempestivamente. III - O acórdão atacado de Recurso Especial teve a apelação como interposta a desoras. Violação dos arts. 506, II, e 508 do CPC. Dissídio jurisprudencial demonstrado. IV - Recurso Especial provido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário No 31549/93. Rel. Ministro Adhemar Maciel. 23 mar.. 93. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, [Brasília], v. 40, p. 414).

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário No 101.126/84. Rel. Ministro Moreira Alves. 24 out. 1984. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, [Brasília], v. 113, p. 331.

aberrações fossem evitadas (hoje de qualquer modo banidas pela prescrição do inciso XVII do art. 37 da Constituição da República).

No Recurso Extraordinário Criminal No 115134 (DF), sendo relator o Ministro Carlos Madeira, julgado pela Segunda Turma, ficou assentado que uma Fundação instituída pelo Poder Público prestadora de serviço estatal e mantida por recursos públicos configura ente da Administração Indireta¹⁹⁹.

Já na Reclamação No 294/89 (DF), tendo sido relator o Ministro Octávio Gallotti, o Pleno reafirmou a classificação segundo a qual determinadas Fundações Públicas são espécie do gênero Autarquia:

Ementa:

Causa trabalhista ajuizada na vigência da Constituição de 1967 (e.c. n. 1/69), perante a Justiça do Trabalho, contra Fundação Pública, espécie do gênero Autarquia (CNPQ). Permanece sujeita à competência residual da Justiça Federal a ação que já o era, na ordem constitucional revogada, mesmo que, erroneamente, houvesse ingressado na Justiça do Trabalho (Constituição de 1988, art. 114 e respectivo ato das disposições transitórias, art. 27, § 10). Reclamação julgada procedente, para garantir a autoridade da decisão do Supremo Tribunal que, em conflito de jurisdição, afirmara a competência da Justiça Federal²⁰⁰.

Passemos à análise da postura do Tribunal de Contas da União.

Hipótese relevante para o nosso estudo é a da caracterização da natureza jurídica da Fundação Getúlio Vargas. Na decisão da Corte de Contas (Processo No 007.363/88-5 e outros) de 5-3 de 91, em Sessão Extraordinária do Plenário, entendeu-se que mencionada Fundação não se enquadra na categoria de Fundação Pública, não estando sujeita à política salarial do Governo, devendo, entretanto, prestar contas ao Tribunal de Contas da União

¹⁹⁹ Ementa:

"Natureza jurídica das Fundações instituídas pelo Poder Público. Desde que assumam a gestão de serviço estatal, e sejam mantidas por recursos orçamentários, sob a direção do Poder Público, integram a Administração Indireta, e são jurisdicionadas à Justiça Federal, se instituídas pelo governo federal. Recurso conhecido e provido" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário Criminal No 115.134/88. Rel. Ministro Carlos Madeira. 8 abr. 1988. *Diário da Justiça da União*, [Brasília], 6 de maio de 1988, p. 10635).

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação No 294/89. Rel. Ministro Octávio Gallotti. 23 fev. 1989. *Diário da Justiça da União*, [Brasília], 31 de mar. de 1989, p. 4328. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Conflito de Jurisdição No 6853/89. Rel. Ministro Octávio Gallotti. 15 fev. 1989. *Diário da Justiça da União*, [Brasília], 17 de mar. de 1989, p. 3605. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Conflito de Jurisdição No 6816/89. Rel. Ministro Sydney Sanches. 15 fev. 1989. *Diário da Justiça da União*, [Brasília], 17 de mar. de 1989, p. 3604.

dos recursos oriundos do Erário Federal²⁰¹. No voto do Ministro relator, Marcos Vinícios Vilaça, este critica a redação da Lei No 7.596/87 (que alterou o Dec-Lei 200/67) que colocou como requisito para o enquadramento como Fundação Pública o "funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes"²⁰². A expressão outras fontes, no entender do Ministro, só poderia se referir a outras fontes públicas, já que não haveria sentido em se falar, segundo a sua concepção, em Fundações Públicas que recebem recursos de fontes privadas. Apesar de ter tido sua instituição autorizada pelo Poder Público, o relator vota no sentido de reconhecer a natureza privada do ente, pelas seguintes constatações: o Presidente e o Conselho Diretor da FGV são eleitos pela Assembléia Geral com composição majoritária privada (a quem cabe dedidir sobre sua extinção); a entidade nunca integrou a estrutura básica de qualquer Ministério; inexistente *lei específica* que a tenha criado como Fundação Pública²⁰³. Ressalte-se que nesta decisão suscitou o Ministro Carlos Átila Álvares da Silva a questão de se analisar profundamente a caracterização das Fundações Públicas, razão pela qual se registrou a sugestão de se determinar à Comissão de Assessoramento de Controle Externo (CACE) a promoção de estudos a respeito do assunto²⁰⁴.

Da mesma forma Caio Tácito, em parecer surgido de consulta da citada Fundação, assevera que esta não se equipara a uma Fundação Pública pois não existiria sobre ela qualquer controle governamental²⁰⁵. Tal controle deve existir já que toda Fundação Pública, como ente descentralizado da Administração Pública, está atrelado à supervisão ministerial. Estas, embora autônomas, no dizer de Caio Tácito : "conservam com a Administração Direta, da qual se destacam, um vínculo umbilical, que se expressa na supervisão ministerial a que se submetem"²⁰⁶. Como os estatutos que regem a Fundação Getúlio Vargas estipulam como órgão soberano de administração a Assembléia Geral, com a predominância de participantes do setor privado, configurando uma verdadeira independência em relação ao Governo, o mero auxílio financeiro federal (que deve ser

²⁰¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo No 007.363/88-5. Rel. Ministro Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça. 5 mar. 1991. *Revista de Direito Administrativo*, [Rio de Janeiro], jan./mar. 1991, p. 217.

²⁰² Ibidem, p. 223.

²⁰³ Ibidem, p. 228.

²⁰⁴ Ibidem, p. 218.

²⁰⁵ Caio Tácito, op. cit., p. 247.

²⁰⁶ Ibidem, p. 248.

aprovado pelo TCU) não faria com que ela se tornasse pública. Ademais, na visão de Caio Tácito, tampouco prestaria a Fundação serviço público, tanto em sentido lato como em sentido estrito. Segundo este autor, não se trataria de Fundação Pública.

Nesta hipótese específica, podemos notar mais uma vez a dificuldade em divisar "os sintomas" de uma Fundação submetida ao regime de Direito Público daqueles dos típicos de uma Fundação submetida ao regime de Direito Privado. Neste sentido, a Presidência do Tribunal de Contas da União, conforme decidido na sessão de 6.2.91 (TC - 324.018/88-6), baixou ordem de serviço No 3/91, recomendando à Comissão de Assessoramento de Controle Externo (CACE) que efetuasse estudos para a caracterização das Fundações Públicas, de maneira que os atos normativos dos processos de contas quedassem atualizados²⁰⁷. Encaminhados os autos à Secretaria de Assuntos Técnicos, Legislativos e Jurídicos pela CACE, esta assinalou as semelhanças de regime jurídico existentes entre as Fundações instituídas e/ou mantidas pelo Poder Público e as Fundações Públicas que se equiparam às Autarquias:

a) subordinam-se à fiscalização, controle e gestão financeira, o que compreende a fiscalização pelo Tribunal de Contas (arts. 70 e 71, inciso II, da Constituição Federal) e o controle administrativo pelo Poder Executivo (cf. Decreto-lei No 200/67);

b) são criadas por lei (art. 37, inciso XIX, da Constituição Federal);

c) podem ter extinção, na esfera federal, por decreto (art. 178 do Decreto-lei No 200/67, com a redação dada pelo Decreto-lei No 2.299/86);

d) seus empregados são servidores públicos (v. art. 39 da Constituição e arts. 1º e 243 da Lei No 8.112/90);

e) os atos de admissão de seu pessoal merecem apreciação pelo Tribunal de Contas da União (de acordo com o art. 71, inciso III, da atual Carta Magna);

f) devem obediência aos ditames do Decreto-lei No 2.300/86, nos termos nele previstos (em decorrência do disposto no art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal)²⁰⁸;

g) observam o disposto no artigo 169, parágrafo único, da Constituição, além das exigências contidas nos arts. 52, inciso VII, e 165, §§ 5º e 9º, do mesmo Estatuto Fundamental, assim como o

²⁰⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo No 003.500/91-8. Presidência do TCU. *Boletim de Direito Administrativo*, [São Paulo], mar. 1995, p. 152.

²⁰⁸ Atualmente a Lei No 8.666/93.

constante do § 2º do artigo 150 da Lei Maior, dentre outras disposições, como as previstas no precitado artigo 37 da vigente Constituição Federal²⁰⁹.

No âmbito da CACE, foi emitido parecer, aprovado por unanimidade, no qual, tendo em conta as várias posições doutrinárias e jurisprudenciais, e tomando-se como referência parecer do Dr. Toshio Mukai²¹⁰, concluiu-se:

5.1.1) A Doutrina e a Jurisprudência admitem, hoje, de forma predominante, a existência da Fundação de Direito Público e sua classificação como uma espécie do gênero Autarquia, entendidas assim, tais Fundações de Direito Público, como Autarquias Fundacionais, caracterizadas basicamente pela forma de instituição (a lei) e pela natureza de sua atividade-fim, que deve ser um serviço público essencial à coletividade (não deve ser confundido com serviço prestado à própria Administração Pública).

5.1.2) As Fundações de Direito Privado exigem, por outro lado, o registro dos atos constitutivos no cartório competente (critério formal) e que sua atividade-fim não pode ser um serviço público estatal (critério material).

5.1.3) Dessa forma, considerados os critérios formal e material, pode ocorrer que uma Fundação criada por lei não exercite serviço público, sendo, assim, classificada como Fundação de Direito Privado, porque não pode ser enquadrada como Autarquia.

5.1.4) Por outro lado, se existir o registro no cartório competente criando a Fundação, após a lei, mas a atividade exercida é um serviço público, classifica-se como Fundação de Direito Público ou "Autarquia Fundacional", porquanto "inoperante, inócuo, ineficaz", esse registro²¹¹.

Tal estudo igualmente adota a posição do Dr. Toshio Mukai no que tange à correção da definição legal da entidade constante do Decreto-lei 200/67 (com a redação que lhe deu a Lei No 7.596/87) e à possibilidade de o Poder Público derrogar normas do Direito Comum (no interesse público) mesmo em relação às Fundações Públicas de Direito Privado²¹². Abraça também o mesmo entendimento a respeito dos vários qualificativos empregados pela Constituição, aqui já mencionado²¹³.

²⁰⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo No 003.500/91-8, op. cit., p. 152.

²¹⁰ Toshio Mukai, op. cit., p. 99-109.

²¹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo No 003.500/91-8, op. cit., p. 152-153.

²¹² Ibidem, p. 153.

²¹³ Ibidem, p. 153-154.

Tais são as conclusões da CACE corroboradas pelo relator (Ministro José Antônio B. de Macedo) em seu voto:

- a) ainda prevalece a definição de Fundações Públicas inserida pela Lei No 7.596/87 no art. 5o, inciso IV, do Decreto-lei No 200/67, complementada pelo § 3o do mesmo artigo;
- b) as Fundações de Direito Público são espécies do gênero Autarquia, ou Autarquias Fundacionais;
- c) as Fundações de Direito Privado caracterizam-se pela obrigatoriedade do registro dos atos constitutivos no cartório competente, não podendo sua atividade-fim consistir em serviço público estatal;
- d) às Fundações Públicas se aplicam o disposto nos arts. 22, inciso XXVII, 37, 39, 40, 41, 71, 150, 164, § 3o, e 169 da Constituição Federal, bem como os arts. 8o e 19 do ADCT.

Acompanhamos que citado aresto muito tomou em conta a interpretação elaborada por Toshio Mukai. Segundo este autor, o critério para a definição do regime jurídico de uma Fundação deve levar em consideração a vontade da lei e o perfil do serviço prestado²¹⁴. Enquanto a Doutrina basicamente utilizaria um critério formal (a vontade da lei que institui a Fundação) a Jurisprudência se fundamentaria na atividade exercida pelo ente, suas subvenções e a interferência do Poder Público na sua direção. Ambos os critérios, isoladamente, seriam insuficientes²¹⁵.

As duas perspectivas deveriam ser utilizadas, pois poderia haver Fundação criada por lei não prestadora de serviço público. Seria então Fundação de Direito Privado. Se o Poder Público pode criar uma Fundação de Direito Público e o faz mediante lei, porque não poderia criar um ente de Direito Privado? *A fortiori*, "quem pode o mais pode o menos" e seria o serviço prestado o elemento distintivo.

Partindo-se do pressuposto de que, como vimos, as Fundações Públicas seriam espécie do gênero Autarquia; se, conforme a lição de Cretella Júnior: "as pessoas jurídicas administrativas, de natureza autárquica, bipartem-se em Autarquias-Fundações e

²¹⁴ Toshio Mukai, op. cit., p. 102.

²¹⁵ Ibidem, p. 102-103.

Autarquias-Corporações"²¹⁶ e, como as Autarquias só podem prestar serviços públicos, segundo a própria definição do ente no Decreto-lei No 200/67 (art. 5o, I - "o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprias, para executar atividade típica da Administração Pública, que requeira, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizadas"²¹⁷); considerando, ainda, que segundo C. A. Bandeira de Mello: "O estabelecimento público ou autarquia administrativa costuma ser definido através da noção de serviço público"²¹⁸ - tem-se que a Fundação só seria de Direito Público quando prestasse serviço público, *uti universi* (destinatários indetermináveis) ou *uti singuli* (destinatários determinados ou determináveis), como advoga Toshio Mukai²¹⁹, nos mesmos moldes da Autarquia. E o seu regime jurídico seria o da Autarquia, compreendido que está o conceito de Fundação Pública de Direito Público naquela modalidade. Assim, cria-se o pressuposto de que toda vez que a Constituição da República ou o Decreto-lei 200/67 se refere às Fundações, na realidade está se reportando às de Direito Privado (Públicas de Direito Privado), uma vez que já cuida das de Direito Público quando trata das Autarquias.

Para que haja uma Fundação Pública de Direito Privado, *a contrario sensu*, ademais da criação ou autorização legislativa (conforme a concepção adotada) e da existência aperfeiçoada com o registro dos atos constitutivos no cartório competente (prisma formal), deve se aliar o fato de ela não prestar um serviço público *stricto sensu*, devendo ser, entretanto, uma atividade estatal. Tal é o entendimento mais atualizado e predominante da Doutrina e da Jurisprudência, como expusemos.

Por outro lado, conforme esta posição consideravelmente sedimentada, se, após a gênese legal, for a Fundação registrada no respectivo cartório, mas prestar serviço público *stricto sensu*, estaremos diante de uma Fundação Pública de Direito Público, posto que o registro será irrelevante.

²¹⁶ Cretella Júnior, F. D. P. p. 20-21.

²¹⁷ BRASIL. Reforma Administrativa, op. cit., p. 12.

²¹⁸ Bandeira de Mello. N. e R. j. das A. p. 131.

²¹⁹ Toshio Mukai, op. cit., p. 104.

3.3. Regime Jurídico²²⁰

3.3.1. Das Fundações Públicas de Direito Privado

A. Das Fundações Públicas de Direito Privado como um todo

Como vimos, as chamadas Fundações Públicas de Direito Privado não estão totalmente sujeitas ao regime de Direito Privado. Apesar deste regime servir de base (na hipótese de a lei não fazer ressalva, prevalece o regime privatístico), a entidade sofre uma série de derrogações do regime de Direito Público devidas à atividade estatal que exerce, tendo em vista sua utilidade pública. Exatamente por isso se chama Fundação *Pública* de Direito Privado. Entretanto, a dificuldade, como mencionamos, está exatamente em identificar quando a Constituição ou a Lei a ela se refere. Tomando como referência a concepção dominante acima exposta, examinaremos, agora, cada um dos aspectos das várias derrogações de Direito Público, salientando que uns são mais assentes na Doutrina e na Jurisprudência que outros:

- a) O inciso XXVII do art. 22 - na expressão "Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público" se inserem as Fundações Públicas de Direito Privado. Portanto, as normas relativas a licitações e contratos (atual Lei 8.666/93, antigo Decreto-lei No 2.300/86) se aplicam às entidades.
- b) O art. 37 - a expressão fundacional, conforme já destacamos, só pode se referir às Fundações Públicas de Direito Privado, pelo que estas devem respeitar os Princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade e Publicidade, e estão compreendidas em todos os incisos deste artigo. Para os fins deste dispositivo, há equiparação de seus empregados a servidores públicos, inclusive no pertinente à acumulação de cargos e para os fins criminais, atesta Di Pietro²²¹.

²²⁰ Expomos, neste item, o regime jurídico aplicável às Fundações Públicas segundo a posição mais atualizada e predominante abordada no item anterior. Além das citações específicas, tomamos como referência principal o já citado artigo do Professor Toshio Mukai e o também já mencionado aresto do TCU (Processo No 003.500/91-8), uma vez que tais estudos tiveram por escopo, exatamente, enumerar e sintetizar o entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito da matéria.

²²¹ Di Pietro, op. cit., p. 131.

c) Os arts. 38 e 39, *caput* - segundo Toshio Mukai, neste caso caberia a seguinte distinção: com relação ao art. 38, este não seria aplicável à modalidade de Fundação Pública em tela, por se referir o dispositivo a servidor *público*²²². Já na hipótese do art. 39, *caput*, entende o mesmo autor que este se aplica à Fundação Pública de Direito Privado pelo fato de o artigo se reportar a *servidor*, genericamente. Segundo sua tese, cada pessoa política deve instituir um regime único para a Administração Pública Direta, um regime único para as Autarquias e um regime único para as Fundações Públicas. Para mencionado autor, se a Constituição exigisse o mesmo regime jurídico para os três setores da Administração, estaria impondo regime jurídico *unificado* e não *único*. Assevera, ademais, que o regime a ser adotado por uma Fundação Pública de Direito Privado é necessariamente o da CLT (incabível seria o estatutário). Afirma, entretanto, que os arts. 40 e 41 (referentes à aposentadoria e à estabilidade do servidor) são aplicáveis a estas Fundações (o que nos parece uma incongruência)²²³. Já a Secretaria de Assuntos Técnicos, Legislativos e Jurídicos do TCU (conforme citamos no item precedente), aponta que são servidores públicos os que trabalham nestes entes, fundamentando esta compreensão não só na dicção do art. 39 do texto constitucional, mas nos arts. 1º e 243 da Lei 8.112/90.

d) Por estar inserida no art. 71, II, da Constituição da República a expressão "Fundações e Sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal", as entidades em tela se sujeitam à fiscalização contábil e orçamentária por parte do Congresso Nacional, auxiliado pelo Tribunal de Contas da União (as de Direito Público estariam englobadas na expressão Administração Indireta, como vimos). Sujeitam-se de igual maneira ao que determina o inciso III (controle de legalidade para a admissão de pessoal pelo Tribunal de Contas), aplicando-se, também, o art. 75, com relação aos Tribunais de Contas das demais pessoas políticas. Ademais, segundo a Secretaria de Assuntos Técnicos, Legislativos e Jurídicos do TCU (de acordo com o trecho do aresto acima citado), estariam atreladas ao controle administrativo do Poder Executivo, conforme os arts. 13 e 19 a 27 do Decreto-lei No 200/67, ou seja, à Supervisão Ministerial.

e) Da mesma forma o § 2º do art. 150 estende a imunidade às Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que concerne ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

²²² Toshio Mukai, op. cit., p. 106.

²²³ Ibidem, p. 107.

f) O art. 164, § 3º engloba as Fundações Públicas de Direito Privado (disponibilidades de caixa) por falar em "entidades do Poder Público".

g) Da mesma forma o disposto nos arts. 165, 167 e 169 (na Seção que trata dos orçamentos) se aplica às Fundações em tela por se reportar às "Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público" ou simplesmente "Fundações" (§ 5º, I e III, do art. 165; art. 167, VIII; parágrafo único do art. 169).

h) Do mesmo modo o previsto no § 5º do art. 8º do ADCT (que trata da anistia dos servidores que foram atingidos por atos de motivação exclusivamente política) se aplica às Fundações em tela, por se referir genericamente a "Fundações".

i) O art. 19 também do ADCT (que trata da estabilidade dos servidores admitidos sem concurso público, com mais de cinco anos de serviço quando da promulgação da Constituição da República - de moralidade duvidosa) aplica-se às Fundações Públicas de Direito Privado (já que o dispositivo fala genericamente em Fundações Públicas e, segundo os pressupostos já mencionados, neste "rótulo" estariam contempladas as Públicas de Direito Privado).

j) Segundo a Secretaria de Assuntos Técnicos, Legislativos e Jurídicos do TCU (em conformidade com o trecho do aresto acima referido), seriam criadas por lei - art. 37, XIX, da Constituição da República, e podem ser extintas, no âmbito federal, por decreto - art. 178 do Decreto-lei No 200/67, com a redação que lhe foi conferida pelo Dec.-Lei No 2.299/86 (muito embora estejamos, neste ponto, apenas expondo a síntese da posição predominante na Doutrina e na Jurisprudência, devemos, desde já, assinalar que, tendo em vista a hierarquia dos atos normativos, parece-nos inconcebível que um ente criado por lei possa ser extinto por decreto, razão pela qual entendemos não ter sido recepcionado pela Lei Maior o art. 178 do Decreto-lei No 200/67). Para a Comissão de Assessoramento de Controle Externo e para o relator daquele processo, contudo, com base na posição de Toshio Mukai, como vimos, a lei seria, em verdade, materialmente autorizativa da criação da Fundação e esta só passaria a existir efetivamente com o registro de seus atos constitutivos no cartório competente.

k) Aplica-se igualmente o preceituado no § 6º do art. 37, que prevê a responsabilidade das pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviço público (em sentido lato) por danos causados por seus agentes a terceiros.

l) Em face de atos ou omissões de seus dirigentes pode ser impetrado Mandado de Segurança quando estes exerçam funções delegadas do Poder Público - no que concerne especificamente a estas funções (art. 5º, LXIX da Constituição da República e art. 1º, § 1º, da Lei 1.533/51); pode ser proposta Ação Popular contra atos lesivos de seu patrimônio (art. 5º, LXXIII da Constituição da República e art. 1º da Lei 4.717/65) e igualmente Ação Civil Pública (art. 5º da Lei 7.347/86), lembra Di Pietro²²⁴.

B. Das chamadas Fundações de Apoio

As ditas "Fundações de Apoio" formam um capítulo à parte dentro das Fundações Públicas de Direito Privado. Cuidam-se de Fundações que se relacionam com instituições de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica. Largamente utilizado nos últimos anos, tal expediente vinha sendo bastante combatido e desencorajado pelo Tribunal de Contas da União, que chegou a sugerir diversas vezes a extinção destas entidades. Se a agilidade e a flexibilidade do seu regime, além do seu indiscutível papel de auxílio ao ensino e a pesquisa sempre foram vistos com muito interesse pelos administradores universitários e pela comunidade acadêmica como um todo (cumprindo uma função de estímulo e manutenção muitas vezes urgente nas instituições), a Corte de Contas de longa data vinha apontando os seus problemas de controle, o desvirtuamento na utilização destes entes e a ausência de uma disciplina específica. Foi assim até o advento da Lei No 8.958, de 20 de dezembro de 1994.

Como mencionamos, antes do surgimento deste diploma legal, o TCU reiteradamente assinalou a problematidade destas entidades.

Assim, na prestação de contas da UFCE de 1989 foi verificado o relacionamento irregular com Fundação de Apoio: "Ementa: Prestação de Contas. UFCE. Diversas irregularidades graves. Relacionamento irregular com Fundação de Apoio. Contas irregulares. Aplicação de multa. Determinações". Destaca-se em trecho do parecer ministerial constante do acórdão:

²²⁴ Di Pietro, op. cit., p. 131.

Sobejamente debatida nesta Corte, a questão das Fundações de Apoio às Instituições de Ensino Superior afigura-se como a forma adotada pelas suas instituidoras para furtarem-se aos mecanismos de controle interno e externo, propiciando às Fundações a livre administração de recursos, a utilização gratuita de imóveis e móveis, livres de despesas relativas a telefone, água e luz, bem como a de servidores públicos a ela cedidos. Outrossim, a confusão que se verifica na gestão dessas entidades - instituidora e instituída - propicia a atuação de empregados das Fundações no âmbito das Universidades, ensejando a existência de direitos trabalhistas junto à Justiça do Trabalho²²⁵.

Hipótese semelhante ocorreu quando da prestação de contas de 1990 da UFPE: "Ementa: - Prestação de Contas. Exercício de 1990, UFRPE. Irregularidades diversas. Relacionamento irregular com Fundações de Apoio. Inexistência de inventário analítico anual. Inobservância do Estatuto das Licitações e Contratos. Contas irregulares. Aplicação de multa ao Reitor e ao Vice-Reitor. Contas regulares, com ressalvas, dos demais responsáveis. Quitação"²²⁶.

²²⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº TC 299.035/90-5. Rel. Ministro Olavo Drummond. 09/02/1994. *Diário Oficial da União*, [Brasília], 01 mar. 1994, p. 2922.

²²⁶ Destacamos os seguintes trechos do aresto:

- da parte dispositiva:

(...) 5. alertar a UFRPE para o fato de que este Tribunal já recomendou às Universidades Públicas que observem, em eventuais relacionamentos administrativos com as Fundações de Apoio constituídas no seu âmbito, idêntico tratamento dispensado às pessoas jurídicas de direito privado que não integram a Administração Pública, especialmente no que concerne às exigências para participação em processos licitatórios realizados em consonância com a legislação pertinente e que qualquer ofensa aos princípios Constitucionais e legais da Isonomia, Moralidade e Probidade Administrativa sujeita os responsáveis às penas da lei.

- do relatório:

(...) e) favorecimento às Fundações de Apoio constituídas no âmbito da Universidade Federal Rural de Pernambuco, FADURPE e FAPEPE, a saber:

- falta de especificação e/ou discriminação sucinta e clara dos serviços a serem contratados nos atos convocatórios de licitação, cujos licitantes eram as Fundações (art. 32, inciso I, Decreto-lei nº 2.300/86);

- restrição da competitividade nas licitações: convites efetuados apenas às Fundações de Apoio ligadas à UFRPE (FADURPE e FAPEPE) e à FADE, fundação que atua no âmbito da UFPE que não comparecia às convocações, ficando restrita a competição entre as duas primeiras;

- participação em procedimento licitatório de apenas uma firma ligada diretamente ao ramo: em convite realizado para contratação de serviços de execução de obras de engenharia, foram convidadas somente as fundações de apoio, que não atuam na área e uma terceira firma, a ENCICOL - E.M. Comércio e Indústria

No pedido de revisão da Decisão Plenária do TCU de 28/05/91, formulado pela UFSC, a Corte de Contas uma vez mais esclareceu a sua posição a respeito das Fundações de Apoio. Extrai-se do voto do relator:

(...)Mesmo antes da edição do revogado Decreto 95.904/88, que determinou expressamente a extinção das "pessoas jurídicas instituídas por órgãos ou entidades da Administração Federal, em virtude de mero ato administrativo, sem autorização legal", a Corte de Contas já questionava a legalidade da existência das chamadas Fundações de Apoio. Particularmente quanto ao relacionamento entre estas e as Instituições Federais de Ensino Superior - IFES.

2. Com efeito, na Sessão de 10/12/87 (TC 004.117/87-5), ao apreciar pedido de revisão da Decisão Plenária de 25/03/82 (TC 034.430/80), formulado pelo então Ministro da Educação, o Tribunal resolveu "recomendar aos órgãos e entidades públicas que observem, em eventuais relacionamentos administrativos com as Fundações de Apoio constituídas no âmbito das Universidades Federais, idêntico tratamento dispensado às pessoas jurídicas de direito privado que não integram a Administração Pública, especialmente no que concerne às exigências para participação em processos licitatórios, sendo-lhes defeso utilizar a qualquer título e sob qualquer forma, servidores, bens móveis ou imóveis pertencentes a instituições públicas federais".

3. Na mesma oportunidade, houve por bem a E. Corte solicitar ao Senhor Ministro da Educação, "com base no poder supervisonal que lhe confere o Decreto-lei No 200/67, que adote as providências cabíveis visando à imediata regularização ou extinção das Fundações de Apoio instituídas pelas Universidades Federais, com o propósito de sanar a ilegalidade implícita nos respectivos atos constitutivos, haja vista a inexistência da indispensável autorização legislativa para sua criação" (Ata No 93/87 - Anexo II- publicada no DOU de 04/01/88) (...) ²²⁷.

Construção Ltda., adjudicada, única que desempenhava os serviços licitados (art. 3º, § 1º, itens I e II, Decreto-lei nº 2.300/86);

- utilização de dependências, móveis, utensílios, linha telefônica, energia elétrica, água, recursos humanos e outros benefícios sem a devida indenização pecuniária. Quanto à utilização das dependências, ressalte-se que posteriormente, conforme informação do Reitor, foi firmado contrato de locação entre a UFRPE e a FAPEPE (com a FADURPE já existia um contrato anterior) sem qualquer procedimento licitatório, contrariando Decisão desta Corte, em Sessão Plenária de 08.05.1991, Ata nº 19/91, Anexo XXV, e Decretos-lei nºs 2.300/86 e 2.348/87 (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº TC 524.036/91-8. Rel. Ministro Olavo Drummond. 22/11/1994. *Diário Oficial da União*, [Brasília], 02 dez. 1994, p. 18428).

²²⁷ Posteriormente, como o próprio aresto menciona, o Decreto No 95.904, de 07/04/1988 veio a corroborar o entendimento já esposado pela Corte, sendo, porém, logo a seguir, revogado pelo Decreto No 99.509, de 05/09/90. Em 1988 mesmo surgiu o Projeto de Lei No 1.407 para disciplinar as entidades, integralmente vetado pelo Presidente da República (Mensagem No 213, de 10/05/91, publicada no DOU de 13/05/91). Tendo em vista a possibilidade de regulamentação da matéria em breve, entendeu por bem o TCU sobrestar o julgamento das contas pertinentes (Sessão de 01/08/90 - TC 349.001/89-8). Entretanto como tardava em demasia a nova disciplina, a Corte de Contas passou a julgar os feitos segundo a sua orientação inicial. Esta é a ementa do aresto supra citado: "Denúncia contra a UFSC. Irregularidades no relacionamento com Fundação de Apoio. Pedido de revisão da Decisão que recomendara a adoção de providências quanto a acumulação de remuneração por professor e servidor que prestam serviços à FEESC e FEPESE e

Finalmente veio à lume a Lei No 8.958, de 20 de dezembro de 1994, dispondo sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as Fundações de Apoio²²⁸.

Estabelece o art. 1º que tais instituições federais podem contratar, por prazo determinado, outras instituições criadas com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, desde que observados os ditames do art. 24, XIII, da Lei 8.666/93 (disciplinadora das licitações e contratos administrativos). Estas instituições de apoio devem se constituir como as Fundações de Direito Privado, sem fins lucrativos, disciplinadas pelo Código Civil Brasileiro (art. 2º, *caput*), sujeitas à fiscalização pelo Ministério Público - conforme o Código Civil e o Código de Processo Civil (inciso I), atreladas à legislação trabalhista (inciso II) e ao registro e credenciamento prévio no Ministério da Educação e do Desporto e no Ministério da Ciência e Tecnologia, renovável a cada dois anos (inciso III). Logo, deflui da dicção destes dispositivos que, muito embora não sejam Fundações de Direito Privado, as Fundações de Apoio se submetem ao regime jurídico base privatístico, sofrendo derrogações de Direito Público.

Ao executar qualquer tipo de "ajuste" (convênios, contratos, acordos, etc) que demandem a aplicação de recursos públicos, as Fundações de Apoio devem observar a legislação federal referente a licitações e contratos administrativos, no pertinente à contratação de obras, compras e serviços (art. 3º, I); devem prestar contas dos recursos utilizados aos órgãos (ou entidades, acréscimo nosso) financiadores (inciso II do mesmo artigo); devem se sujeitar à fiscalização ao controle finalístico e gerencial pelo órgão supremo da Instituição Federal de Ensino ou similar da entidade contratante (inciso III do

solicitara informação sobre bens móveis e imóveis cedidos à Fundação. Negado provimento. Comunicação" (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº TC 023.185/90-2. Rel. Ministro Luciano Brandão Alves de Souza. 29/10/1992. *Diário Oficial da União*, [Brasília], 03 abr. 1992, p. 4250). No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº TC 225.299/90-7. Rel. Ministro Olavo Drummond. 25/03/1992. *Diário Oficial da União*, [Brasília], 09 abr. 1992, p. 4513. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº TC 575.663/91-0. Rel. Auditor José Antônio Barreto de Macedo. 06/05/1992. *Diário Oficial da União*, [Brasília], 27 maio 1992, p. 6561.

²²⁸ BRASIL. Lei No 8.958, de 20 de dezembro de 1994. Dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as Fundações de Apoio, e dá outras providências. *LEX*, São Paulo, v. II, dez. 1994, ano 58, p. 1660-1661.

artigo); e devem se submeter à fiscalização da execução dos contratos disciplinados por este diploma legal pelo Tribunal de Contas da União e pelo órgão de controle interno respectivo (inciso IV do mesmo artigo).

O art. 4o da Lei No 8.958/94 prevê a possibilidade de as instituições federais contratantes autorizar a participação de seus servidores nas atividades das Fundações de Apoio, sem prejuízo de suas atribuições funcionais, desde que o seja em conformidade com as normas aprovadas pelo órgão superior de direção respectivo. Não gera vínculo empregatício tal participação nas Fundações, podendo estas conceder bolsas de ensino, pesquisa e extensão (§1o). O §2o, de notável vagueza e ambigüidade, reza que é vedada a participação dos servidores das instituições federais nas atividades das Fundações de Apoio durante a sua respectiva jornada de trabalho, "excetuada a colaboração esporádica, remunerada ou não, em assuntos de sua especialidade, de acordo com as normas referidas no *caput*".

O art. 5o proíbe que as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica venham a assumir o pagamento de débitos contraídos pelas Fundações de Apoio ou sejam responsabilizadas pelo pessoal contratado por estas, inclusive no pertinente aos servidores "emprestados" por aquelas a estas. Dito de outra forma, tal dispositivo veda a responsabilização das instituições contratantes por qualquer obrigação das Fundações de Apoio.

Para atender aos objetivos de apoiar projetos de ensino, pesquisa, extensão e desenvolvimento institucional, científico e tecnológico caros às entidades federais contratantes, as Fundações de Apoio poderão, desde que o façam através do instrumento legal próprio, usufruir de bens e serviços daquelas entidades, ressarcindo-as por esta utilização que deverá se limitar ao prazo estritamente necessário à consecução dos mencionados fins, objeto do contrato firmado entre ambas (art. 6o).

Em que pese a disciplina mínima estabelecida por este diploma legal (problemático em si mesmo, na medida em que legaliza um expediente deveras desaconselhado pela Jurisprudência²²⁹), as irregularidades prosseguem, como dão conta os arestos do Tribunal de Contas da União que citamos a seguir.

²²⁹ Ementa:

Pedido de revisão de Decisão. Ciset MEC. Solicitação para que as Fundações de Apoio sejam dispensadas de prestarem contas a este Tribunal. Baixada Portaria pelo MEC dando mesmo tratamento às Fundações de Apoio instituídas pelas Universidades Federais quanto àqueles constituídos no seu âmbito, contrariando a recomendação desta Corte. Conhecimento. Negado provimento. Manutenção da decisão anterior. Levar ao conhecimento do Ministro o inteiro teor desta Decisão para revogação da Portaria. Determinado o levantamento dos convênios, contratos, ajustes e repasses a estas instituições.

Destacamos trecho do parecer do Ministério Público:

Ora, como as finalidades dessas Fundações de Apoio não são aquelas dispostas pelos seus instituidores, mas apenas a consecução de objetivos de índole puramente financeira, tanto que, para isso, dependem da celebração de convênios, ajustes e contratos com a Administração Pública, é óbvio que a sobrevivência de tais instituições dependerá do beneplácito do setor público que autorizar e controlar o cumprimento dessas avenças e da continuidade do fluxo financeiro que elas absorvem.

Se os convênios, ajustes e contratos celebrados pelas Instituições de Ensino Superior e outros órgãos públicos com as Fundações de Apoio não contivessem uma cláusula de aporte financeiro de recursos públicos, aí sim poderíamos acreditar no apoio oferecido por tais entidades fundacionais, em benefício do desenvolvimento de projetos de pesquisa, de manutenção de hospitais e outras atividades que viabilizassem uma sadia cooperação entre o Poder Público e a Comunidade.

Não se pode deixar de vislumbrar as distorções que poderão advir, tanto da implementação da Portaria MEC nº 1.125, de 21-07-92, como da conversão de projetos de lei, como o estampado às fls. 32/33, em legitimação das Fundações de Apoio, pois, desde logo, tais fórmulas normatizadoras ignoram o princípio da licitação que deve preceder o vínculo de prestação de serviços de uma entidade privada com o Poder Público.

Num segundo plano, esse relacionamento com as Fundações de Apoio fraudava a gestão da coisa pública, tanto quando aplica recursos orçamentários duas vezes sobre uma mesma finalidade, como pelo interesse escuso que desperta nos agentes públicos envolvidos, de ter acesso a uma complementação financeira por via oblíqua ou de viabilizar a admissão de recursos humanos, a compra e a estocagem de materiais longe dos controles oficiais, embora às custas da verba pública.

A fraude se caracteriza melhor pela imagem de apoio ao desenvolvimento de pesquisa, extensão, gerenciamento das atividades de saúde e assistência ao estudante, funções que já se compreendem nas atribuições das Instituições de Ensino contempladas no Orçamento Federal, via de regra fazendo apelo às vantagens das flexibilidades típicas da iniciativa privada, esta participando sem o seu principal contributo, que é o aporte financeiro.

Numa visão de longo prazo, podem antever-se os efeitos desse processo de intervenção na gestão administrativa, estranho e não previsto em qualquer compêndio de Direito Administrativo, o qual poderá derivar para uma gradual absorção da estrutura oficial pela da fundação privada, até reduzir aquela a formal unidade liberadora de recursos orçamentários, sem maior eficácia no atingimento dos seus objetivos legais.

Percebe-se, então, que essa pressão pela legitimação das Fundações de Apoio tem origem nos anseios e necessidades de autonomia universitária, já que as formas autárquicas ou de Fundações Públicas mantêm as Instituições Federais de Ensino Superior atreladas a padrões de remuneração de pessoal e normas de licitação e contratação que limitam a produção acadêmica, prejudicando o seu entrosamento com a comunidade e com os mercados onde devem atuar.

Esses anseios de autogestão, no entanto, são freqüentes em diversos segmentos da Administração Pública, não justificando a criação de mecanismos espúrios, tipo "caixa-2", refugiados das auditorias convencionais na capa de fundações privadas. Enquanto se estimula a idéia de alimentar-se uma estrutura paralela, pouco se fará para soerguer-se a estrutura pública oficial. As debilidades desta podem não

No processo No TC 599.084/91-0 - Apensos: TC 575.127/93-7 e TC 575.298/90-1, com 36 processos anexos, relativos à prestação de contas de 1990 da UFRJ, podemos destacar do relatório do aresto:

(...) 7. Salienta, de igual modo, a douta Procuradoria, que boa parte das irregularidades indicadas (subitens 3.a, 3.c, 3.f e 3.i, supra) envolve o relacionamento entre a UFRJ e a Fundação Universitária José Bonifácio, fazendo-se oportuno ressaltar a recente edição da Lei No 8.958, de 20.12.94, que veio disciplinar as relações entre as instituições federais de ensino superior (IFES) e de pesquisa científica e tecnológica (IPCT) e as Fundações de Apoio a estas entidades, autorizando, inclusive, a utilização de pessoal (art. 4o) e de bens e serviços (art. 6o) da Universidade pela contratada, obedecidas as limitações impostas pela própria norma legal.

8. No que tange à aplicação de recursos públicos pelas mencionadas Fundações de Apoio, entende o MP/TCU que a referida Lei restringiu a fiscalização do Tribunal à execução dos contratos destas com as IFES e IPCT (art. 3o, inciso IV) e, indiretamente, por intermédio dos órgãos públicos repassadores, às prestações de contas dos convênios, acordos e ajustes (art. 3o, inciso II). Tal entendimento, ressalta o Ministério Público, foi integralmente acolhido pelo E. Plenário desta Casa, nos autos da Representação formulada pelo Sr. Secretário da 6a SECEX (Decisão No 230/95-Plenário).

9. Urge, portanto, no entender da douta Procuradoria, que esta Corte de Contas determine à UFRJ a adequação de seu relacionamento com a Fundação Universitária José Bonifácio, mediante contrato, convênio ou instrumentos congêneres, aos exatos termos da Lei No 8.958/94,

originar-se apenas das suas limitações legais, mas da atitude de mantê-la estagnada e exaurida pelos drenos representados pelos repasses às Fundações de Apoio.

As medidas que a 6ª IGCE está propondo, tanto no parecer de 21 de julho, fls. 7/14, como agora, pelo seu Titular, parecem-nos, portanto, inteiramente pertinentes.

A manutenção das Decisões de 25-03-82 (TC-034.430/80) e de 10-12-87 (TC-004.117/87-5) confirmará a orientação que o Tribunal adotou frente às relações da Administração Pública com as Fundações de Apoio, depois de exaustivos estudos da matéria pela Secretaria de Auditoria e por esta Procuradoria.

(...)A instituição de bolsas de estudo pelas Fundações de Apoio, se custeadas total ou parcialmente com os recursos de origem pública, poderá comprometer a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (art. 206, inciso I, da CF).

A própria petição recursal já constitui, partindo da autoridade do Controle Interno, uma prova das distorções de finalidade das Fundações de Apoio às Instituições Federais de Ensino, bastando que se transcreva dela o seguinte trecho: "... tais 'Fundações' foram instituídas sob a fundamentação da necessidade de realizarem pesquisas. No entanto, grande parte prestam serviços de limpeza, conservação, vigilância, assistência técnica de equipamentos, concursos vestibulares, administram restaurantes e hospitais universitários. Ainda, o mesmo dirigente autoriza a cessão de servidores públicos, a utilização gratuita de imóveis e móveis, paga as despesas concernentes a telefone, água e luz, admite que os recursos diretamente arrecadados sejam desviados e livremente administrados pelas 'Fundações', como é o caso das vultosas receitas dos hospitais universitários. Aceita, também, que empregados das ditas 'Fundações' atuem livremente dentro das Universidades, gerando direitos empregaticios junto à Justiça do Trabalho". (fls. 05) - BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº TC 013.074/92-0. Rel. Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira. 11/11/1992. *Diário Oficial da União*, [Brasília], 25 nov 1992, p. 16290.

principalmente no tocante ao gerenciamento de pessoal, utilização de bens móveis e imóveis de propriedade da Universidade e eventual aplicação de recursos de origem pública pela entidade de apoio, alertando à entidade que o descumprimento de decisão do Tribunal, sem causa justificada, sujeita o responsável à multa prevista no art. 58 da Lei No 8.443/92²³⁰.

No processo No TC 550.070/95-8, referente a relatório de levantamento de auditoria na UFPR, reproduzimos o seguinte trecho do voto do relator:

(...)Conforme registrado no Relatório que antecede este Voto, as ocorrências, de maior gravidade, verificadas pela equipe de auditoria, referem-se ao relacionamento da Universidade Federal do Paraná com a Fundação daquela Instituição para o Desenvolvimento da Ciência, da Tecnologia e da Cultura - FUNPAR, à cessão de imóveis de propriedade do Hospital de Clínicas da UFPR, bem como ao cadastro de fornecedores utilizado pelo mesmo Hospital.

Sobre a primeira questão, verifica-se que os serviços prestados pela referida Instituição ao Hospital de Clínicas da UFPR (aquisição de materiais e contratação de serviços), com amparo nos Convênios Nos 74/80 e 51/82 e Termo de Ajuste No 04/81, firmados entre a UFPR e a mencionada Fundação, são de natureza eminentemente administrativa, ocorrendo, de fato, a transferência da prática de atos de competência exclusiva daquela Unidade, com o objetivo de alcançar a flexibilidade administrativa de que não dispõe.

Acredito que procedimentos da espécie devam ser sustados, ante a absoluta ausência de amparo legal, considerando-se, ainda, que a Lei No 8.958, de 20.12.94, ao disciplinar o relacionamento entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio a essas instituições, não autorizou contratações dessa natureza.

Ademais, cobra relevo o aspecto do pagamento da taxa de administração à FUNPAR, que contraria, frontalmente, o art. 8º, inciso I, da IN/STN No 02, de 19.04.93, o qual veda a inclusão, tolerância ou admissão, nos convênios ou instrumentos similares, "sob pena de nulidade do ato e responsabilidade do agente", de cláusulas que prevejam ou admitam, dentre outras ocorrências, a realização de despesas a tal título (grifei).

Assim, constatado o flagrante descumprimento à legislação vigente, resultando em danos aos cofres da Universidade, considero imprescindível que se determine à Entidade, com fulcro no art. 8º, § 1º, da Lei No 8.443/92 e no art. 148, § 1º, do Regimento Interno que adote providências com vistas a instauração de tomada de contas especial para identificar responsáveis e quantificar o

²³⁰ Ementa:

Prestação de Contas. UFRJ. Pessoal. Concessão de Gratificação de Balanço. Incorporação de quintos por servidor celetista. Pagamento de hora extra acima do limite. Contrato. Emissão posterior de empenho. Pagamento antecipado. Contratação com efeito financeiro retroativo. Bens patrimoniais. Cessão gratuita de imóvel. Concessão de benefício financeiro à instituição privada. Irregularidades em contrato, convênio e instrumento congêneres com a Fundação Universitária. Audiência. Apresentação de justificativas insuficientes. Contas irregulares. Multa. Determinação. Arquivamento sem cancelamento do débito (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo No TC 599.084/91-0 - Apensos: TC 575.127/93-7 e TC 575.298/90-1, com 36 processos anexos. Rel. Ministro Iram Saraiva. 9/11/1995. *Diário Oficial da União*, [Brasília], 21 nov. 1995, p. 18685).

prejuízo de corrente da remuneração paga indevidamente à FUNPAR, a título de taxa de administração.

A propósito, ressalto que na Sessão Plenária, de 31.05.95 (Ata No 22/95, Decisão No 230/95), ao ter presente Representação formulada pelo digno Titular da 6a SECEX, sobre o tratamento a ser dispensado às Fundações de Apoio, o Tribunal Pleno desobrigou aquelas fundações de apresentarem diretamente a esta Corte Prestação de Contas, nos termos das disposições e princípios constantes da aludida Lei No 8.958/94, determinando, no entanto, na oportunidade, dentre outras providências, que os órgãos e entidades do Governo Federal, por intermédio das respectivas Secretarias de Controle Interno, efetuem a fiscalização dos recursos transferidos às mencionadas Instituições, mediante convênios, acordos ou outros instrumentos similares, considerada a obrigatoriedade da prestação de contas dos referidos recursos, nos termos da legislação em vigor, instaurando, de imediato, processo de tomada de contas especial, se constatada irregularidade de que resulte prejuízo ao Tesouro ou a entidade transferidora, ou, ainda, se verificada a omissão na comprovação da aplicação dos recursos.

Desse modo, entendo oportuno que seja, também, determinado à Entidade que, em futuros ajustes celebrados com a FUNPAR, restrinja o objeto pactuado àquele previsto no art. 1º da Lei No 8.958/94, exigindo daquela Fundação o cumprimento do disposto no inciso II, art. 3º, da mencionada norma legal²³¹.

No processo TC No 625.108/93-0, oriundo de representação da SECEX/RS, muito embora não se tenham sido encontrados elementos comprobatórios de prejuízo à UFRGS, fez-se referência ao fato de a entidade não ter cumprido determinações do TCU no seu relacionamento com Fundação de Apoio, determinando-se a inclusão daquela no próximo plano de auditoria de maneira a verificar a sua adequação ao disposto na Lei 8.958/94²³².

²³¹ Ementa:

Levantamentos de Auditoria UFPR. Área de licitação e contrato. Utilização de Fundação de Apoio para aquisição de bens e serviços para a entidade mediante pagamento de taxa de administração. Fracionamento de despesas. Comprovação de fornecimento exclusivo de materiais por entidades não competentes. Não exigência de certidão de regularidade para com o INSS. Concessão de uso de imóvel a Associação de servidores. Juntada dos autos às contas. Determinação de tomada de contas especial quanto ao pagamento de taxa de administração (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo No TC 550.070/95-8. Rel. Ministro Homero Santos. 28/06/1995. *Diário Oficial da União*, [Brasília], 28 jun. 1995, p. 11042).

²³² Ementa:

Representação formulada pela SECEX RS. Notícias veiculadas na imprensa. Contrato firmado entre a FUNDATEC e a Prefeitura Municipal de Porto Alegre RS, para intermediação de projetos de interesse da UFRS. Omissão do responsável quanto à evasão de receita arrecadada pela Universidade. Favorecimento à Fundação intermediadora da transação. Ausência de elementos comprobatórios de que a execução do convênio tenha ocasionado prejuízo à Universidade. Inclusão da entidade no próximo Plano de Auditoria. - Considerações sobre o relacionamento de Fundação de Apoio com Universidade.

Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, decide: 1. acolher a Representação formulada pela SECEX/RS, em decorrência de notícias veiculadas na imprensa acerca de irregularidades

3.3.2. Das Fundações Públicas de Direito Público

O regime jurídico das Fundações Públicas de Direito Público é o mesmo das Autarquias, por serem aquelas, como professa a posição predominante da Doutrina e da Jurisprudência, espécie do gênero destas (as Autarquias se dividiriam em Autarquias Corporativas e Fundacionais).

na execução do contrato firmado entre a Fundação Universidade-Empresa de Tecnologia e Ciências - FUNDATEC e a Prefeitura Municipal de Porto Alegre, para, ante a ausência de elementos comprobatórios de que a execução do referido ajuste tenha acarretado prejuízo à UFRGS, determinar a inclusão da referida Universidade, no próximo Plano de Auditoria, com vistas a verificar o cumprimento da deliberação contida no item 8.3 do Acórdão No 083/95 - Plenário, que determinou à mencionada Entidade a observância das disposições contidas na Lei No 8.958/94 no relacionamento com as Fundações de Apoio; 2. encaminhar cópia desta Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, ao Presidente da Câmara Municipal de Porto Alegre/RS; 3. arquivar o presente processo.

(...) Voto do Ministro Relator:

Depara-se, mais uma vez, o Tribunal com questões oriundas do relacionamento entre as Universidades Federais e as Fundações de Apoio constituídas em seu âmbito.

Conforme reiteradamente verificado ao longo desses anos, as instituições federais de ensino superior, de uma maneira geral, resistiram a cumprir as deliberações emanadas desta Casa, que vedavam a utilização, por aquelas Fundações, de pessoal e bens pertencentes a essas entidades públicas, bem como recomendavam a observância da legislação pertinente nas relações com esses entes, das quais destaco, pela relevância e pioneirismo, a Decisão adotada na Sessão de 10.11.87, cuja relatoria esteve a cargo do eminente Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, que tanto ilustrou este Plenário.

Essa atitude omissa das Universidades, a que o Tribunal esteve sempre atento, decorria, ao que parece, da expectativa de ver regularizada, no campo jurídico, a forma de atuação dessas Fundações de Direito Privado no apoio às atividades acadêmicas.

Com a edição da Lei No 8.958, de 20.12.94, no entanto, foi autorizada a contratação das Fundações de Apoio pelas instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica para os fins ali previstos, com fundamento no art. 24, inciso XIII, da Lei No 8.666/93, bem como foram definidas as regras a serem obedecidas na transação, no tocante à utilização de pessoal, bens e serviços das entidades públicas.

Após essas breves observações e retomando o exame do presente caso, tem-se, inicialmente, que a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, ao permitir que a Fundação Universidade-Empresa de Tecnologia e Ciências - FUNDATEC desenvolvesse trabalhos e iniciativas, mediante o uso de seus equipamentos, instalações e pessoal, descumpriu as recomendações do Tribunal que proibiam essa prática.

Entretanto, consoante já ressaltado, irregularidades dessa mesma natureza foram verificadas em entidades congêneres, e, mais ainda, foram consideradas também quando do julgamento das contas da UFRGS, relativas ao exercício de 1991 (TC 649.074/92-0), oportunidade em que se determinou à mencionada Entidade observar o disposto na citada Lei No 8.958/94 - Acórdão nº 83/95 - Plenário (...) (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo No TC 625.108/93-0. Rel. Ministro Homero Santos. 07/02/1996. *Diário Oficial da União*, [Brasília], 4 mar. 1996, p. 3542).

Aplicam-se todas as disposições supra citadas, referentes à Fundação Pública de Direito Privado, quando nos referimos que são derogatórias do regime de Direito Privado.

Só por lei podem ser criadas e só por lei podem ser extintas, uma vez que não é possível que um ato hierarquicamente inferior possa desfazer um superior (art. 37, XIX, da Constituição da República).

Como a Autarquia, a Fundação de Direito Público é um ente dotado de certa autonomia, é um serviço público personalizado sob a forma fundacional e portanto responsável pelos próprios atos (§ 6º do art. 37). Apenas subsidiariamente poderá o Estado ser responsabilizado (no caso de a Fundação não poder arcar totalmente com o dano).

Conforme a divisão científico-didática de C. A. Bandeira de Mello²³³, o regime jurídico das Autarquias (e, portanto, das Fundações Públicas de Direito Público) pode ser dividido em :

a) Relações com a pessoa que as criou - a tutela ou controle sobre as Fundações Públicas de Direito Público tem em vista "(...) influir sobre elas com o propósito de conformá-las ao cumprimento dos objetivos públicos em vista dos quais foram criadas, harmonizando-as com a atuação administrativa global do Estado"²³⁴ - é a Supervisão Ministerial prevista nos arts. 19 a 27 do Decreto-lei 200/67. Este controle é tanto de legitimidade quanto de mérito. Tanto a conformidade com as prescrições legais quanto o juízo de conveniência e oportunidade é exercido pelo controle administrativo. Também poderá ser preventivo ou repressivo (de acordo com o momento a ser exercido)²³⁵. Ademais, o Congresso Nacional, auxiliado pelo Tribunal de Contas da União, (conforme já salientamos ao tratar das Fundações Públicas de Direito Privado) e o próprio cidadão, manejando a Ação Popular - art. 5º, LXXIII, da Constituição da República - ou através dos mecanismos previstos no art. 5º, XXXIV, participam do controle de legitimidade dos atos das Fundações Públicas de Direito Público.

²³³ Bandeira de Mello. C. D. A. p. 77-82.

²³⁴ Ibidem, p. 77.

²³⁵ Como o Ministro supervisor não possui poder hierárquico em relação à Fundação, os recursos administrativos contra os atos desta endereçados àquele se denominam recursos hierárquicos impróprios, recorda-nos o mesmo autor (ibidem, p. 78).

b) Relações com terceiros e relações internas - já examinamos vários destes preceitos quando da apreciação do regime das Fundações Públicas de Direito Privado: as licitações e contratos se submetem ao determinado pela lei 8.666/93; sua responsabilidade por danos é direta e a do Estado é subsidiária; possuem a mesma imunidade a impostos. Além destas prescrições, outras, nebulosas quando se trata de Fundação Pública de Direito Privado, são indubitáveis quando se cuida de Fundação Pública de Direito Público: seus atos desfrutam de presunção de legitimidade, exigibilidade e executoriedade; as ações contra si prescrevem em cinco anos e contra terceiros dispõe de prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer; possui juízo privativo; não há possibilidade de usucapião e execução sobre seus bens; está a Fundação Pública de Direito Público subordinada aos preceitos financeiros previstos na Lei 4.320 de 17/3/64; o seu regime de pessoal é o da Lei 8.112/90.

Como explicar a discrepância de interpretações concernentes à caracterização e ao regime jurídico aplicável às Fundações Públicas? Se a Doutrina e a Jurisprudência são pacíficas em alguns aspectos deste regime jurídico, permanece a polêmica em várias facetas do problema. Como explicar este fenômeno, frente aos preceitos constitucionais e legais pertinentes? Tal divergência não será decorrente da peculiar estrutura do raciocínio jurídico? No próximo capítulo procuraremos lançar luzes sobre estas questões, tomando como vereda uma dada concepção epistemológica com repercussões hermenêuticas.

4. HERMENÊUTICA PUBLICÍSTICA, TÓPICA E A DISCUSSÃO A RESPEITO DA NATUREZA JURÍDICA DAS FUNDAÇÕES PÚBLICAS

4.1. A discussão metodológica

As discussões a respeito da possibilidade de confecção de uma "Ciência Jurídica", desde Kelsen, giram em torno da questão do método, em grande medida. Criar uma maneira de se apreender o fenômeno multifário do Direito tem sido o grande dilema.

Deve-se priorizar uma dada dimensão deste fenômeno, sob pena de deixá-lo ao sabor da ideologia? Não será a concepção resultante de tal estudo míope, na medida em que não vislumbra o objeto na sua integralidade? Mas como determinar este objeto? É necessário se constituir o pensamento jurídico a partir de novos pressupostos para afastá-lo de tal escuridão epistemológica? Ou deve o jurista buscar descrever a atividade jurídica tal como ela é, elucidando a natureza do raciocínio dos operadores jurídicos sob outras bases filosóficas? Seria possível a construção de um método para tal abordagem?

Tais instigantes indagações têm alimentado a perplexidade daqueles que procuram lançar um olhar mais profundo e desmitificador sobre o Direito.

A partir do item 4.3 trataremos de uma vereda tomada por alguns estudiosos no sentido de descrever a atividade dos operadores jurídicos e da Doutrina tal como ela é, e não como ela deveria ser. Situam-se na tendência que Norberto Bobbio chama de Metajurisprudência Descritiva, frente à tendência da Metajurisprudência Prescritiva (de inspiração Kelseniana), uma vez que a Teoria da Argumentação e a análise do discurso dos juristas se constituiu na reação ao ideal de construção de uma Jurisprudência Científica²³⁶.

²³⁶ BOBBIO, Norberto. Ser y deber ser en la ciencia jurídica. In: RUIZ MIGUEL, Alfonso. *Contribución a la Teoría del Derecho*. Traducción de Alfonso Ruiz Miguel. Valencia: Artes Gráficas Soles, 1980. 404p. p. 201-223.

4.2. Os métodos de interpretação das normas jurídicas

4.2.1. A interpretação clássica como um todo²³⁷

A partir da *generalidade* e *abstração* da norma (que a distancia, num primeiro momento, da realidade fática) o aplicador é chamado, no caso concreto, a operar a "subsunção". Assim, aponta Diniz, apesar das referidas características de abstração e generalidade, o chamado tipo contido no preceito normativo designa as hipóteses de fato e apreende as relações jurídicas, dando instrumento ao aplicador, notadamente ao órgão jurisdicional, que é chamado a dar qualificação jurídica a determinado caso, enfrentando, contudo, certos obstáculos: a falta de informação sobre os fatos específicos do caso concreto e a indeterminação semântica dos conceitos normativos²³⁸. Transpostos estes obstáculos, o órgão deve interpretar a norma escolhida para o aperfeiçoamento da subsunção.

Pode ocorrer, entretanto, que o intérprete não consiga vislumbrar a norma aplicável por, num primeiro momento, ausência da mesma (a lacuna normativa) ou mais de uma solução incompatível (a antinomia). Frente ao primeiro problema, que não exime o magistrado de prolatar a sua decisão (conforme dispõe o art. 4º da LICC), tendo em vista o chamado Princípio da Plenitude, este deve, conforme assinala Diniz, buscar a integração da norma²³⁹. Na segunda hipótese, o magistrado é chamado a interpretar corretivamente o ordenamento, de maneira sistemática, resguardando o Princípio da Unidade do ordenamento, caro à segurança jurídica²⁴⁰.

Diniz expõe, ademais, que os problemas da lacuna e da antinomia surgiram com o fenômeno da positividade, a partir do século XIX, apoiado em condições políticas (soberania nacional e separação dos poderes) e jurídicas (preponderância da lei como fonte

²³⁷ O objetivo é expor neste item e no seguinte as teses clássicas a respeito do assunto, geralmente veiculadas, quando da formação dos bacharéis, na Disciplina "Introdução ao Estudo do Direito".

²³⁸ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 535p. p. 375-376.

²³⁹ Ibidem, p. 377-378.

²⁴⁰ Ibidem, p. 378.

jurídica, concepção do Direito como sistema e controle da legalidade das decisões judiciais por tribunais superiores)²⁴¹.

Para referida autora, a aplicação do Direito implica nas seguintes operações técnicas: confecção de conceitos jurídicos e ordenação sistemática pela chamada Ciência do Direito; identificação de uma norma jurídica no tempo e no espaço pelo órgão competente; interpretação da mesma pelo jurista e pelo órgão; integração, quando necessária; investigação corretiva pelo órgão e pelo jurista; determinação da norma aplicável motivadora da norma individual que é a sentença; relação da norma individual prolatada pelo órgão e outras normas válidas do ordenamento²⁴².

Toda norma necessita ser interpretada, por mais clara que seja, assevera Diniz, descobrindo-se o seu alcance e sentido específicos, extraindo o seu correto conteúdo, adaptando o preceito à evolução da vida social (razão pela qual a conhecida máxima latina "*in claris cessat interpretatio*" não passa de uma falácia)²⁴³. Nesta esteira afirma Alípio Silveira que "os critérios preconizados pela Lei de Introdução (fins sociais da lei e exigências do bem comum) assumem especial importância para a adaptação de antigas normas às novas necessidades e cambiantes condições sociais"²⁴⁴. Ascensão igualmente destaca o aspecto eminentemente teleológico do art. 5º da LICC, que deve nortear toda a atividade interpretativa²⁴⁵.

A atividade do intérprete que, em certa medida, constrói o sentido da norma, é condicionada pela Hermêutica, que é a Teoria da Interpretação. Esta não se resume a

²⁴¹ Ibidem, p. 379.

²⁴² Ibidem, p. 380-381.

²⁴³ Ibidem, p. 381.

²⁴⁴ SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 1968. 2v. V.2. p. 417.

²⁴⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral - uma perspectiva luso-brasileira*. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984. 569p. p. 327.

uma operação automática, mas deve levar em conta o conteúdo axiológico e conceitual da norma tanto no momento em que foi criada como na atualidade. Por isso mesmo Limongi França assinala que são funções da Jurisprudência: interpretar a lei (a definição do significado da norma), vivificar a lei (emprestando-lhe o seu dinamismo), humanizar a lei (em atenção aos fins sociais e às exigências do bem comum), suplementar a lei (socorrendo-se dos critérios supletivos, *secundum* ou *praeter legem*) e rejuvenescer a lei (fazer com que a essência da lei acompanhe as transformações da vida cotidiana, dando-lhe utilidade comum)²⁴⁷.

Mas o que deveria orientar o entendimento do intérprete: a vontade do legislador (a *mens legislatoris*) ou a vontade da lei (a *mens legis*)? Trata-se da antiga polêmica entre subjetivistas e objetivistas.

Afirma Diniz que para a Teoria Subjetiva (Savigny, Windscheid, Stammler, dentre outros) a vontade do legislador é a que deve ser buscada. Tal expediente se processa da seguinte forma: primeiramente se recorre a técnicas históricas, documentos, registros e discussões que deram origem ao diploma legal; levam-se em conta, igualmente, os fatores objetivos que determinaram a vontade da lei; por fim, o arbítrio do intérprete determinará o que foi a vontade do legislador²⁴⁸. Esta interpretação, como não poderia deixar de ser, uma vez que se reporta à vontade que o legislador "teve", processa-se *ex tunc*.

Já a Teoria Objetiva, assevera referida autora, que encontra dentre seus fautores Köler, Wach, Binding e a própria Maria Helena Diniz, advoga a tese segundo a qual deve prevalecer a vontade da lei. Assim, após o seu nascimento, o diploma se liberta do legislador para acompanhar as circunstâncias mutáveis da vida social, (razão pela qual sua interpretação é sempre *ex nunc*), fundamentando-se no fato de que não há um específico legislador dotado de vontade própria, pois apenas a forma legal tem força obrigatória, possui um sentido objetivo e só a interpretação objetivista é capaz de ensejar a possibilidade de integração e complementação pelo órgão competente²⁴⁹.

²⁴⁷ FRANÇA, Rubens Limongi. *O direito, a lei e a jurisprudência*. São Paulo: RT, 1974. 210p. p. 198-204.

²⁴⁸ Diniz. C.I. C.D. p. 384.

²⁴⁹ Ibidem, p. 385-387.

4.2.2. Métodos de interpretação clássicos

Os "métodos" de interpretação são definidos tradicionalmente como aqueles manejados para clarificar a aplicação da norma.

Costuma-se designá-los da seguinte forma, conforme aponta Diniz: a) gramatical ou semântico (no qual se toma como referência o sentido literal, utilizando-se técnicas de lingüística e gramática, etimologia dos termos); b) lógico (são analisados, por meio de raciocínios lógicos, os períodos do texto legal, buscando a harmonia entre suas proposições); c) sistemático (relacionam-se as normas inserindo-as num sistema); d) histórico (procura-se ter em mente o processo legislativo, seus respectivos registros e documentos, além de se ter em conta o contexto cultural que originou a norma - a *occasio legis*, e a sua razão de ser - a *ratio legis*); e) sociológico ou teleológico (a norma é adaptada às exigências sociais - art. 5o da LICC)²⁵⁰.

No que concerne aos efeitos do ato interpretativo, assevera Diniz que estes podem resultar numa interpretação extensiva (há uma distensão do sentido literal da norma, de maneira que esta passa a compreender hipóteses implícitas na sua dicção), numa interpretação restritiva (o sentido literal da norma é comprimido, de modo a não produzir efeitos desarrazoados, eis que, numa análise profunda, tais hipóteses não estariam contempladas) e declarativa (quando a amplitude da literalidade do texto legal é igual à dita *voluntas legis*)²⁵¹.

4.2.3. Atuais métodos de interpretação e as peculiaridades do Direito Constitucional e do Direito Administrativo

Muito embora os métodos de interpretação das normas jurídicas digam respeito a todos os ramos do Direito, não se pode negligenciar o fato de que os preceitos constitucionais e administrativos possuem uma plasticidade e textura que demanda uma análise específica. Afirma Paulo Bonavides que apesar de não se poder postular uma técnica interpretativa especial para as normas constitucionais, não se deve olvidar o seu

²⁵⁰ Ibidem, p. 388-393.

²⁵¹ Ibidem, p. 393-395.

teor axiológico e político. Leciona: "em segundo lugar - e este é o outro aspecto que nos vem à reflexão - a norma constitucional é de natureza *política*, porquanto rege a estrutura fundamental do Estado, atribui competência aos poderes, dispõe sobre direitos humanos básicos, fixa o comportamento dos órgãos estatais e serve, enfim, de pauta à ação dos governos, visto que no exercício de suas atribuições não podem eles evidentemente ignorá-la"²⁵². Este caráter político se nota igualmente de maneira intensa nos princípios constitucionais - princípios políticos introduzidos na Constituição, assevera o mesmo autor²⁵³. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez igualmente atestam que muito embora a interpretação do Direito Administrativo esteja inserida no tema da geral interpretação das norma jurídicas, nesta disciplina a relevância dos princípios gerais do Direito se faz notar²⁵⁴.

Por conta desta constatação, determinados métodos recentes de interpretação ganharam especial acolhida no Direito Constitucional e alguns deles inclusive surgiram e se desenvolveram no seio da disciplina (o que evidentemente veio a repercutir sobre o Direito Administrativo, igualmente).

Repelindo o tom exegético dos métodos tradicionais, o método integrativo ou científico-espiritual de interpretação da Constituição propõe que o texto constitucional deve ser interpretado como um todo, com a compreensão global de seu sentido, uma vez que este engloba todos os valores primários e superiores do ordenamento estatal, aponta Paulo Bonavides²⁵⁵. O aspecto do "espírito da Constituição", o seu conteúdo e a sua pressuposta unidade de sentido cobram relevo, ensina o mesmo autor²⁵⁶.

Já o método concretista, define Paulo Bonavides "considera a interpretação constitucional uma concretização, admitindo que o intérprete, onde houver obscuridade, determine o conteúdo material da Constituição"²⁵⁷. O conteúdo da norma só se aperfeiçoa com o ato interpretativo, que une a "compreensão prévia" ao problema concreto. Rejeita tal

²⁵² Bonavides. C. D. C. p. 378.

²⁵³ Ibidem, p. 379.

²⁵⁴ García de Enterría, Tomás-Ramón Fernandez, op.cit., p. 79-80.

²⁵⁵ Bonavides. C.D.C. p. 394.

²⁵⁶ Ibidem, p. 396.

²⁵⁷ Ibidem, p. 397.

método a idéia de um sistema lógico-axiomático, adotando um "procedimento tópico" de interpretação, afirma o mesmo autor²⁵⁸. Para Konrad Hesse, o Direito Constitucional não pode ser desvinculado da atuação humana; a "força normativa" da Constituição se encontra atrelada à possibilidade de realização dos conteúdos de suas normas; e esta concretização do conteúdo só se torna possível ao se incorporar as circunstâncias reais à previsão normativa²⁵⁹.

Finalmente, a concepção do pensamento jurídico como tópico teve repercussões epistemológicas e hermenêuticas inusitadas, ao reabilitar uma forma de raciocínio de há muito olvidada pela hegemonia cartesiano-matemática. A ela nos reportaremos a seguir.

4.3. A Tópica

4.3.1. Retórica: brevíssimo esboço histórico

Apesar de alguns historiadores atribuírem a Aristóteles a paternidade da Retórica, os estudos de Pohlenz, Suess, Rostagni e Nestle, além de assinalarem a relevância da Retórica sofística em relação à referida teorização aristotélica (apontando os laços do pensamento retórico dos sofistas com as correntes pitagóricas e parapitagóricas sicilianas e italiotas) situam sua origem na Magna Grécia do séc. V a. C., afirma Armando Plebe²⁶⁰. Atestam os antigos que Empédocles ou os retóricos sicilianos Córax e Tísias seriam os fundadores da Retórica e, quanto a estes últimos, não cabe qualquer dúvida histórica, sendo precursores da Retórica gorgiana. Cícero, citado por Armando Plebe²⁶¹, com a tradução de Gilda de Barros (em sua nota) registra: "Quando, diz Aristóteles, a tirania foi destruída na Sicília e as questões entre particulares, após um longo intervalo, foram novamente submetidas aos tribunais, pela primeira vez, nesse novo espírito penetrante e naturalmente

²⁵⁸ Ibidem, p. 398.

²⁵⁹ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villallón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. 104p. p. 25-28.

²⁶⁰ PLEBE, Armando. *Breve história da retórica antiga*. trad. Gilda de Barros. São Paulo: EPU, EDUSP, 1978. 94p. p. 1.

²⁶¹ Ibidem, p. 1-2.

inclinado à discussão, viram-se os sicilianos Córax e Tísias dar um método e regras. Antes, ninguém seguia uma rota traçada, nem se submetia a uma teoria e, entretanto, a maioria se exprimia com cuidado e ordem".

Para Tísias, discípulo de Córax, segundo o testemunho platônico, o fundamento filosófico de sua Retórica é o de que o verossímil "é mais estimável que o verdadeiro"²⁶²; sua Retórica se orienta pela busca de provas (probatória). Esta *ars* visa o estudo das técnicas de obtenção de verossimilhança.

Outra Retórica que não técnica, também siciliana, é a psicagógica, baseada na sedução irracional - ligada ao universo pitagórico. Distingue-se, portanto, da Retórica "científica" de Córax e Tísias por utilizar argumentos e estilo conforme os ouvintes e o emprego da figura da antítese como possibilidade de convencimento (o modo mais conveniente de expressão). Esta Retórica baseia-se na distinção de Parmênides entre mundo da verdade (dada pelo raciocínio científico) e da opinião (*dóxa* - atrelada ao fascínio sedutor da palavra). A missão desta Retórica seria utilizar este poder de atração, de sedução. Traça-se um paralelo, por Pitágoras, entre música e retórica: o encantamento, a harmonia, a força da persuasão psicológica, irracional - Górgias, discípulo de Empédocles, definirá esta Retórica como psicagógica, atesta Armando Plebe²⁶³. Assinala o mesmo autor²⁶⁴ a relevância, desde os pitagóricos, do conceito de "oportunidade" (*kairós*) retórica, de uso oportuno da linguagem como força transformadora da educação e da sociedade. É evidente a relevância deste conceito para a formulação de categorias para a abordagem do discurso jurídico.

A proximidade da Retórica e da Poesia, desenvolvida na Grécia continental, apontada por Cícero, citado por Armando Plebe²⁶⁵, no episódio homérico de Fênix, do livro IX da *Iliada*, mostra que o orador é capaz de criações fantásticas e não apenas racionais.

Para o Górgias platônico, registrado em Plutarco, "a Retórica é a arte relativa aos discursos, que tem a sua força no ser artífice de uma persuasão (*peithous demiourgós*) nos

²⁶² Ibidem, p. 2.

²⁶³ Ibidem, p. 6.

²⁶⁴ Ibidem, p. 6-7.

²⁶⁵ Ibidem, p. 8.

discursos políticos sobre todos os assuntos, arte que é criadora de uma crença e não de ensinamentos; os seus argumentos próprios dizem respeito sobretudo ao justo e ao injusto, ao bem e ao mal, ao belo e ao feio"²⁶⁶. Posteriormente, com a Retórica de Platão (relacionada com sua Dialética), com a de Aristóteles (que deu um tratamento mais sistemático à Retórica), dos estóicos e a Doutrina de Hermágoras e Cícero e a Retórica latina, a Retórica Antiga teve seu desenvolvimento.

4.3.2. Discurso jurídico, comunicação e persuasão

O discurso jurídico, de modo genérico, compreendido como aquele utilizado nas obras jurídicas que versam sobre a Dogmática Jurídica, nas peças processuais como um todo (petições, sentenças, acórdãos, pareceres, denúncias, etc), na linguagem falada dos operadores jurídicos (sustentações orais, debates, etc), não possui, para estes mesmos operadores, uma natureza epistemológica clara. De modo geral, aquilo que Warat denomina de "senso comum teórico dos juristas" - o autor fala hoje em "homogêneo imaginário social dos juristas"²⁶⁷ - encara-o como Ciência. E se fala neste sentido em "Ciência Jurídica".

Observa Ferraz Júnior, tratando a respeito da função social da Dogmática Jurídica, que a relação entre esta e a ideologia é muito constante, gerando uma espécie de "sincretismo, o qual trabalha, comparado às exigências de uma linguagem rigorosa, como a que faz a Ciência em geral, com categorias indiferenciadas, ao mesmo tempo normativas, sociológicas, naturalistas, positivistas, políticas, metafísicas, etc"²⁶⁸. Diagnostica o autor que tal "miscelânea" se deve à própria necessidade de elasticidade do sistema jurídico, cara à questão da decidibilidade.

Nesta esteira de idéias, aponta Ferraz Júnior, seguindo os passos de Viehweg, surgem "teorias com função social", utilizando abertamente e veladamente valores como norteadores (caráter ideológico) onde o saber é substituído pelo crer, a *ratio* é substituída

²⁶⁶ Ibidem, p. 17.

²⁶⁷ WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua Linguagem*. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. 120p. p. 107.

²⁶⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. 219p. p. 181.

por uma *fides*, *scibilia*, por *credibilia*. Arremata o mesmo autor que o discurso dogmático não seria um discurso informativo, porém eminentemente persuasivo: um dado emissor intenta persuadir, motivar, fazer crer um dado receptor a respeito de uma determinada mensagem, com a freqüente utilização de figuras retóricas. Neste contexto desponta a relevância da verossimilhança (frente ao conceito de verdade)²⁶⁹.

Afirma Ferraz Júnior que a persuasão tem como mola propulsora interesses (*interesse*, estar entre, tomar parte) compreendidos como funções, "vinculações intersubjetivas", "disposições para interagir", orientadas, manifestadas, por sua vez, por valores, entendidos como "fórmulas integradoras e sintéticas para a representação do consenso social"²⁷⁰.

Estes valores constituem-se em *topoi* para a argumentação na medida em que confeccionam uma seleção de informações: de maneira modificadora (o valor não varia e engendra uma dada seleção de procedimentos) ou justificadora (um dado procedimento é justificado por um valor que varia). No discurso dogmático estas duas funções constumam aparecer mescladas, sendo difícil se estabelecer quando se trata de uma e de outra. Tais "orientações" visam produzir um resultado persuasório no receptor, no sentido de influenciar a sua concepção ou a sua escolha a respeito de um objeto específico. Exemplo deste uso seria o manejo do discurso como uma informação redundante, satisfazendo expectativas do receptor (quando se constrói um discurso aparentemente novo mas que, na realidade, já parte de uma dada concepção predeterminada), como a "da liberdade, exercendo mesma função quanto ao contrato e à sua força vinculatória, da propriedade, no que diz respeito à propriedade privada", recorda Ferraz Júnior²⁷¹.

A disposição de tais valores demoverá o receptor a uma determinada reação que, se ao invés de justificadora, exercer realmente uma função modificadora, ocorrerá um "enriquecimento do universo de expectativas", na medida em que é inserido um elemento realmente informativo no discurso. O exemplo citado por Ferraz Júnior é o da utilização do valor *liberdade* como fundamento para propostas de alteração da distribuição de renda, "nas possibilidades de acesso ao ensino e à cultura, etc"²⁷².

²⁶⁹ Ibidem, p. 181-182.

²⁷⁰ Ibidem, p. 183-184.

²⁷¹ Ibidem, p. 185-186.

²⁷² Ibidem, p. 186.

Esta função modificadora é especialmente relevante para o discurso dogmático do Direito Administrativo, na medida em que este não é um Direito codificado, onde os *princípios* possuem um papel organizador do sistema, sem o que este seria inviável do ponto de vista da decidibilidade, decorrendo dos referidos valores.

Esta situação comunicativa gera um sistema interacional (emissor - receptor), que, num ambiente circundante de múltiplas relações complexas (externamente) e numa estrutura interna, reduz as possibilidades de ação, reduz a complexidade, a contingência, estabiliza as expectativas, no sentido luhmanniano²⁷³.

Qualquer comportamento humano possui uma conotação comunicativa - aponta a Teoria da Comunicação²⁷⁴. O processo de decisão jurídica, que ocorre numa situação comunicativa, é ato de comunicação. A decisão, num determinado momento, põe termo a uma discussão, a uma dada argumentação de partes conflitivas - este é o conteúdo da Teoria da Argumentação jurídica.

Segundo Perelman e Olbrechts-Tyteca, o conceito de argumentação é bastante distinto do conceito de demonstração. Este último se apóia na idéia de evidência, de cientificidade, é sistemático, visa a contrução de axiomas, enquanto que o primeiro se apóia na idéia de verossimilhança, de persuasão (visa a adesão de espírito), de problematização²⁷⁵.

4.3.3. Teoria da Argumentação: síntese do panorama teórico

O objetivo dos órgãos jurisdicionais é a correta, a "justa" aplicação do Direito. Costuma-se dizer que aplicar o Direito, na maioria das vezes, é encontrar o dispositivo de lei que se enquadre na situação concreta, o procedimento de subsunção. Há casos, porém, em que tal operação não é muito clara, até porque pode haver um caso de lacuna. É assim que a Tópica se reabilita, na medida em que oferece a possibilidade de um "tratamento

²⁷³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. 2.v. p. 45-47.

²⁷⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas. 335p. p.294.

²⁷⁵ PERELMAN, Chaim, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 653p. p. 15-17.

circular" que aborde uma determinada *quaestio* sob os vários pontos de vista, com a utilização de elementos legais e extralegais.

Para Viehweg, mencionado por Larenz, a Jurisprudência dos conceitos, concebida no séc. XIX, que buscou dar um estatuto lógico-dedutivo às decisões, (dentro do *more geometrico* vigente na epistemologia moderna), construindo inclusive, conceitualmente, axiomas, seria uma mitificação do raciocínio jurídico²⁷⁶. O "justo", meta da Jurisprudência, só pode ser alcançado topicamente, entendido este processo como um "especial tratamento de problemas" onde todos os argumentos pertinentes são trazidos à colação e abordados em diferentes perspectivas. Seriam "pontos de vista utilizáveis em múltiplas instâncias, com validade geral, que servem de ponderação de prós e contras das opiniões e podem conduzir-nos ao que é verdadeiro", como aponta Larenz²⁷⁷. Como explicita o mesmo autor: "(...) enquanto o pensamento dedutivo-sistemático procura apreender este contexto inteligível como um sistema omnicomprensivo, como uma rede de deduções lógicas, o pensamento tópico não abandona o terreno definido pelo próprio problema"²⁷⁸. O pensamento tópico, como o próprio termo deixa patente, não se orienta pela idéia de totalidade, mas sim a de parcialidade e de multiplicidade de sistemas - o centro é sempre o problema concreto²⁷⁹.

Viehweg vislumbra na Tópica duas operações, diagnostica Larenz: num primeiro momento são coletados a esmo vários pontos de vista, escolhidos arbitrariamente, e, num segundo momento estes sofrem um processo de pesquisa, sendo "catalogados" (catálogos de tópicos ou *topoi*, ou ainda *loci*, os lugares comuns) pertinentes a determinados problemas²⁸⁰. Não haveria possibilidade de sistematização dos tópicos, cuja enumeração seria também arbitrária²⁸¹. Sua relevância estaria no fato de partirem do problema e serem "possibilidades de orientação ou cânones do pensamento"²⁸². Para o mesmo autor, abordado por Larenz, não haveria apenas os tópicos "universais" (de Aristóteles, Cícero)

²⁷⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. 620p. p.170-171.

²⁷⁷ Ibidem, p. 171.

²⁷⁸ Ibidem, p.171.

²⁷⁹ Ibidem, p. 171.

²⁸⁰ Ibidem, p. 171.

²⁸¹ Ibidem, p. 171-172.

²⁸² Ibidem, p. 172.

porém também tópicos específicos, jurídicos, utilizados na solução de controvérsias jurídicas e que podem obter o consenso geral²⁸³. Assim, determinados tópicos jurídicos do Direito Civil romano, da Jurisprudência da baixa Idade Média e do Direito Civil moderno, como a categoria de "*interesse*" (de Jehring), "*declaração de vontade*", "*parte essencial, tutela da boa-fé*", são tópicos que para Viehweg não cessaram de ganhar maior e maior relevância na construção dos argumentos jurídicos modernos²⁸⁴.

Para Kriele, referido por Larenz, ao abordar a sua *Teoria da Obtenção do Direito*, a subsunção e os métodos de interpretação não são suficientes para que se alcance uma decisão justa e de acordo com o Direito vigente, "cada decisão tem, ao invés, de poder ser justificada como jurídico racional, e isso, antes do mais, por via do discurso", pressupondo "(...)tacitamente um nexó intrínseco entre o Direito positivo e a sua aptidão de justificação racional"²⁸⁵.

A correta interpretação do texto é aquela que deixa clara a intenção de racionalidade e imparcialidade do julgador e, no que concerne às questões que sempre ficam pendentes com relação a uma decisão, estas devem ser justificadas através de uma "razão prática". A concepção jusfilosófica de Kriele é a de quem não concebe um abismo entre Direito e Ética. A Filosofia do Direito seria uma "Ética aplicada a problemas jurídicos". O discurso jurídico seria uma tipo específico de discurso ético, onde o Direito vigente gozaria da presunção de racionalidade. Para este autor, as leis devem ser interpretadas e integradas dentro de uma concepção do eticamente justo, posto que, pelo menos num Estado Democrático, a intenção de racionalidade e de justiça deve estar presente no legislador, diagnostica Larenz²⁸⁶.

Assim, a decisão correta, para problemas *concretos* apenas, para Kriele, é aquela que interpreta a lei de uma maneira passível de justificação, entendida esta decisão como aquela que é capaz de priorizar os "interesses fundamentais" (aquele que é "mais

²⁸³ Ibidem, p. 172.

²⁸⁴ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Imprensa Nacional, 1979. 166p. p. 87-99.

²⁸⁵ Larenz, op.cit., p. 173.

²⁸⁶ Ibidem, p. 174.

fundamental" - sua teoria gera relações de fundamentalidade) em relação a todos os interesses que entram em jogo numa determinada lide, salienta Larenz²⁸⁷.

Neste sentido, a teoria de Kriele é uma ferrenha crítica ao positivismo. O próprio Larenz salienta que "'dever ser' e 'ser permitido', pretensão e vinculatividade, responsabilidade e imputação são em última instância categorias éticas, mesmo quando cobram uma significação específica em contextos jurídicos"²⁸⁸.

Haverkate, citado também por Larenz, aponta o "fim do método jurídico como meio de certificação intelectual na produção jurídico-científica e judicial de proposições jurídicas", na medida em que esta tradição, apoiando-se em raciocínios dedutivos e conceitos gerais não dá conta da explicação da "mudança de conteúdo no Direito"²⁸⁹. Exsurge desta posição e da de Kriele a responsabilidade do julgador pela sua decisão, no que concerne à sua capacidade de justificar o Direito. Conforme menciona Larenz, para Haverkate o modo de se encontrar critérios para o problema do "justo" está vinculado à possibilidade de se formular algumas "condições de possibilidade de verdade no Direito"²⁹⁰.

Desmitificado o discurso jurídico, como sendo o resultado não de deduções lógicas e sim de "torrentes de fundamentos", de argumentos discutíveis, aptos a problematizar e justificar, indaga-se a respeito da possibilidade de se criar regras rigorosas para uma argumentação jurídica, a respeito da possibilidade de confecção de uma metodologia para a argumentação jurídica.

Nesta ordem de idéias surge a "Teoria da Argumentação Jurídica" de Robert Alexy. Este autor assinala a unanimidade que existe atualmente, dentre aqueles que buscam vislumbrar uma metodologia para o Direito, de que a decisão jurídica não é uma decorrência lógica das formulações a respeito de normas jurídicas, elencando quatro razões para tal, no mínimo: a vagueza da linguagem jurídica; a possibilidade de conflitos de

²⁸⁷ Ibidem, p. 175.

²⁸⁸ Ibidem, p. 176.

²⁸⁹ Ibidem, p. 178.

²⁹⁰ Ibidem, p. 179.

normas; os casos de lacuna e de decisões *contra legem*²⁹¹. A fundamentação das decisões jurídicas é um problema de ordem metodológica para referido autor.

A indeterminação e a "debilidade" dos cânones da interpretação de normas não lhes roubaria o inteiro valor, porém não poderiam estes ser considerados suficientes para a fundamentação das decisões jurídicas, afirma. O que o autor pretende dizer é que as regras de hermenêutica não são capazes de conferir ao Direito um estatuto racional. Ainda que seja viável uma argumentação a partir de um sistema axiológico-teleológico e esta tenha um papel extremamente relevante na práxis judicial, esta, pelo menos por enquanto, não possui critérios de racionalidade²⁹².

Quando, numa determinada decisão, o julgador se vê perante uma situação nebulosa, na qual nem as normas e nem as regras de metodologia e interpretação podem socorrê-lo, este julgador é forçado a realizar algum tipo de valoração. Observa Alexy que este é um pressuposto para que se diga que as tomadas de posição de um determinado julgador devem se orientar num sentido que esteja de acordo com valorações moralmente corretas²⁹³. Alexy leva em conta, para expor tal ponto de vista, as discussões jurídicas anteriores e permite um espaço para novos critérios do que seja correto (ora, tão só desta maneira é possível explicar a modificação das decisões jurídicas)²⁹⁴.

Para Alexy o discurso jurídico é um tipo específico de discurso prático geral, na medida em que ambos criam um enunciado normativo que busca ser correto, porém o jurídico ocorre dentro de uma série de "condições limitativas" (vinculação à lei, Jurisprudência, Doutrina, regras processuais, etc) - e neste sentido é mais complexa a possibilidade de se construir um discurso jurídico "correto". Além do mais, para o mesmo autor, este discurso só poderia ser racionalmente fundamentado desde que estivesse dentro da ordem jurídica vigente - o intento das reflexões de Alexy é a de criar critérios para a racionalidade do discurso jurídico, seguindo uma postura "analítico-normativa" (Alexy quer analisar a estrutura lógica das fundamentações)²⁹⁵.

²⁹¹ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 24.

²⁹² Ibidem, p.26.

²⁹³ Ibidem, p. 29-30.

²⁹⁴ Ibidem, p. 30.

²⁹⁵ Ibidem, p. 34-35.

A empreitada de Alexy pode ser resumida da seguinte forma: na medida em que há regras claras e racionais para a articulação do discurso jurídico, poderá ser alcançado, a partir deste ponto, um conceito objetivo do que seja *justo*, conceito caríssimo à Jurisprudência. Então se pergunta como pode ser dada uma fundamentação racional ao discurso, tendo-se como parâmetro a ordem jurídica vigente. Busca Alexy abordar, para decifrar tal enigma, a solução de questões metodológicas referentes à Doutrina da proposição jurídica e do silogismo de determinação de consequência, das diferentes maneiras de se interpretar a lei, do modo como se articula a dogmática jurídica e do uso da Jurisprudência. Seria a "prática geral" da discussão ético-social o elemento capaz de conferir os fundamentos racionais às formas de argumentação.

Alexy não acredita numa sistematização e hierarquização dos argumentos, porém não é tão relativista quanto Esser e Kriele. Neste sentido, os tipos de interpretação seriam fórmulas utilizadas pela argumentação jurídica para se aproximar de um conceito de correção (decisão correta, justa), estando especialmente atrelada à lei. É necessário, portanto, verificar quem tem os melhores argumentos, e isto para Alexy deve ser auferido por um discurso estruturado por regras formais.

Crítica a teoria iniciada pela Tópica por esta não explicar que pontos de vista devem prevalecer (se todos os pontos de vista devem ser considerados), pela impossibilidade de aquilatar os diferentes níveis de relevância da lei, da Dogmática e do precedente, além de permanecer com o conceito de discussão excessivamente vago.

Seu ponto de encontro com a Tópica, entretanto, está em que compreende que o conceito de fundamentação racional está estreitamente vinculado ao conceito de *discussão racional*, no sentido de se impedir a possibilidade de arbitrariedade²⁹⁶.

Alexy professa a possibilidade de confecção de um discurso jurídico correto ("justeza de enunciados normativos"), frente a autores como Viehweg e Perelman que focalizam a Retórica e acreditam na possibilidade de formulação de um discurso apto a gerar consenso, "aceitável". Nesta esteira, Alexy rejeita a postura assistemática de Viehweg e não valoriza negativamente a Jurisprudência dos conceitos. Tal discrepância é evidente, em nosso entender: para Viehweg a Tópica é (pelo menos no seu atual estágio de desenvolvimento) um estilo, um modo de raciocínio (e tipicamente jurídico), para Alexy

²⁹⁶ Ibidem, p. 43.

ela é uma estratégia para a elaboração de um método para o Direito. O núcleo das investigações viehwegianas, como assinala Ferraz Júnior, é o aspecto da "discutibilidade", que teria a sua própria técnica tópica, sua maneira de pensar problemas²⁹⁷. Seria a própria discussão a "instância de controle das próprias premissas que serão admitidas ou rechaçadas"²⁹⁸.

A viabilidade de se confeccionar um método para o raciocínio tópico é discutível, em nosso entender. Não se estaria transformando uma metajurisprudência descritiva em prescritiva? Não seria um retorno ao positivismo tal empreitada? Não se estaria buscando matematizar o que não é passível de mecanização? Por entendermos reticente a proposta de Alexy, filiamo-nos à noção perelmaniana do raciocínio jurídico, que expomos a seguir.

4.3.4. Raciocínio jurídico e razoabilidade na concepção de Chaïm Perelman

A. O contexto filosófico

As recentes rupturas gnosiológicas, ocasionadas por correntes de pensamento vinculadas à Psicanálise de Freud e Lacan, à Física Quântica a partir de Einstein e a nova postura nas Artes, o contexto de inquietação resultante de tais movimentos²⁹⁹, deram azo ao surgimento de concepções pessimistas quanto à intocabilidade do paradigma matemático (como modelo de conhecimento por excelência) e ao seu espectro de aplicação (tendo em vista que o prestígio desfrutado por tal saber fez com que este se tornasse a referência necessária para todos os outros campos do conhecimento).

A compreensão das deficiências internas e insuficiências externas do referido paradigma criou a atmosfera necessária para o advento de posições como as de Chaïm Perelman, para quem a Filosofia deve se ocupar dos raciocínios argumentativos, dialéticos

²⁹⁷ Ferraz Júnior. I.E.D. p.297.

²⁹⁸ Ibidem, p.298.

²⁹⁹BENASAYAG, Miguel, CHARLTON, Edith. *Crítica de la felicidad*. Buenos Aires: Nueva Visión, 1992. 127p. p. 5-10. Vide também: CHÂTELET, François, PISIER-KOUCHNER, Évelyne. *As concepções políticas do século XX*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. Rio de Janeiro: Zahar, 1983. 777p. p. 21-74.

e retóricos que constituem a realidade própria e a forma de operar específica de determinados campos do saber, notadamente o jurídico.

Aponta Perelman que a tradição filosófica do Ocidente, desde o século XVII, foi fortemente influenciada pela física matemática e pelas ciências naturais baseadas na experiência, "na medição, na pesagem e no cálculo" e, nesta ordem de idéias, tudo aquilo que não pudesse ser quantificado era rechaçado *a priori*, como vago e confuso, alheio ao conhecimento claro e objetivo³⁰⁰.

Especificamente no que concerne ao Direito, tanto a tradição jusnaturalista quanto a positivista incorporaram este tipo de racionalismo, cada qual à sua maneira.

Para o jusnaturalismo do século XVII, Deus (ou a Natureza, conforme o matiz) é uma espécie de matemático, posto que perfeito e racional; o mundo por Ele criado, assim sendo, teria que possuir uma ordem racional. Alerta Perelman que foi neste sentido que Spinoza forjou a sua racionalidade universal e Leibniz asseverou que *Cum Deus calculat, fit mundus* (o mundo se realiza de acordo com os cálculos divinos)³⁰¹. Os cientistas deveriam descobrir as "equações divinas" que formam as leis da natureza e os filósofos deveriam destacar o caráter vago e confuso das opiniões e motivações dos seres humanos que movidos por suas paixões se distanciam da "reta razão". Deste modo, todas as noções não quantificáveis ou confusas, de modo geral, são não apenas ignoradas como condenadas, uma vez que são inapreensíveis pela ciência e por uma filosofia racionalista.

Já o positivismo do século XX buscou o mesmo racionalismo através de uma depuração do conhecimento e da linguagem, com vistas à construção de uma linguagem ideal, formalizada, artificial. Aponta Perelman, em crítica a tal empreitada, a impossibilidade de redução da linguagem natural a uma linguagem perfeita (pela inaptidão desta em abarcar a riqueza de usos) e pelo papel extremamente relevante e até crucial desempenhado pelas chamadas "noções confusas", especialmente no campo jurídico, como válvulas de escape para a interação entre o Direito e a realidade social, e instrumentos de prevenção contra decisões ditas desarrazoadas ou inaceitáveis³⁰².

³⁰⁰ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 722p. p. 672.

³⁰¹ Ibidem, p. 672-673.

³⁰² Ibidem, p. 675.

B. Lógica formal e raciocínio jurídico

Se o discurso jurídico possui uma forma de articulação própria que não pode ser empobrecida por um racionalismo matemático, não cabe identificar a lógica formal com a lógica jurídica.

Assinala Perelman que desde meados do século XIX, com o desenvolvimento e evolução da lógica, passou-se a se vislumbrar nesta disciplina uma característica formal (independente da matéria do raciocínio) que lhe garantiria generalidade suficiente para a aplicação em vários campos do conhecimento, pelo que não haveriam lógicas especiais, mas aplicações específicas desta lógica única, ciência formal por definição (Kalinowski)³⁰³.

Identificando a disciplina com esta única lógica formal, buscou-se conferir um estatuto científico para a mesma, retirando-a do ramo da Filosofia. Alerta Perelman, contudo, que, apesar desta motivação, esta concepção negligencia as formas de raciocínio das disciplinas não-matemáticas, especialmente o Direito. Assim, argumentos como os *a fortiori*, *a pari*, *a contrario*, *ab absurdo*, *ab inuiti sensu*, *a maiori ad minus* e o argumento por analogia, estes tópicos, quedariam alheios a este estudo. Para citado autor, tais argumentos, (que não podem ser desprezados no estudo do Direito, nas Ciências Humanas e na Filosofia como um todo), não se prenderiam a uma teoria da demonstração conforme um cálculo mecanizável e sim a uma teoria da argumentação³⁰⁴. Abonando esta visão, cita Perelman o ensinamento daquele que é considerado o "pai da lógica": Aristóteles. Na obra *Organon*, não se dedica ele apenas aos *Primeiros Analíticos* (as chamadas provas analíticas) mas também aos *Tópicos* (as provas dialéticas pertencentes a uma teoria da argumentação)³⁰⁵.

³⁰³ Ibidem, p. 469-470.

³⁰⁴ Ibidem, p. 471.

³⁰⁵ Ibidem, p. 471-472.

C. Reduccionismos metodológicos e a especificidade do raciocínio jurídico

Salienta Perelman a insuficiência dos raciocínios demonstrativos matemáticos em fundamentar o que ele denomina de "razão prática", expediente utilizado para se chegar a decisões individuais ou coletivas³⁰⁶. Um sistema formalizado e fechado, com univocidade dos signos e limitação da capacidade de expressão não se presta à interação com elementos exteriores, pelo que o sistema jurídico não poderia se tornar um sistema formal, afirma o autor³⁰⁷.

Igualmente a *Teoria Pura* de Kelsen pecaria por olvidar o papel da argumentação na referida razão prática. Ao buscar construir um saber imune a controvérsias, edifica uma teoria do direito que vislumbra uma metodologia, uma prática jurídica tal como ela deveria ser e não como ela é; não descreve mas precreve³⁰⁸.

Para Perelman não se pode identificar o raciocínio jurídico a um silogismo. Se, em determinadas situações, após escolhidas as premissas (qualificados os fatos e eleitas as normas incidentes), pode-se dizer que há dedução, não é entretanto este procedimento o verdadeiramente típico e marcante no jurídico e sim "os raciocínios que conduzem ao estabelecimento dessas premissas no âmbito de um sistema de direito em vigor"³⁰⁹, aquilo que o julgador concebe como sendo a verdade dos fatos, qualificados de uma determinada maneira, e as normas que ele vislumbra como sendo as aplicáveis à espécie. O estudo deste procedimento, deste raciocínio específico, considerado tradicionalmente como sendo um problema de mera interpretação jurídica deve ser o objeto de uma lógica jurídica, não identificada com a lógica formal, mas preocupada com a análise da argumentação.

³⁰⁶ Ibidem, p. 473.

³⁰⁷ Ibidem, p. 423.

³⁰⁸ Ibidem, p. 477.

³⁰⁹ Ibidem, p. 481.

D. Motivação das decisões judiciais e argumentação

Tendo em conta a especificidade da teoria da prova (no âmbito processual) em cada sistema jurídico, para o estabelecimento dos fatos, assinala Perelman que são várias as hipóteses nas quais o juiz abandona a verdade objetiva fática, tendo em vista um valor social superior albergado na ordem jurídica. Assim, a prova de fatos cobertos pela coisa julgada ou pela prescrição não será admitida pelo juiz³¹⁰. Com estes exemplos citado autor procura esclarecer que em Direito nem sempre o que é empiricamente verificável é relevante ou é levado em conta pelo juiz ao proferir a decisão, uma vez que a relevância de determinados valores (no caso "a segurança das relações jurídicas") pode suplantar a própria existência dos fatos, forjando uma espécie de ficção. As presunções constituiriam outro exemplo neste sentido.

O aspecto de ambigüidade e vagueza na dicção das normas seria outro fator a sinalizar a impossibilidade de pura dedução na prática jurídica. Ora, uma vez que o juiz não pode deixar de prestar a jurisdição alegando silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei (o pioneiro art. 4o do Código de Napoleão e, em nosso ordenamento, o art. 5o, XXXV, da Constituição da República, os arts. 4o e 5o da Lei de Introdução ao Código Civil e os arts. 126, 127 e 335 do Código de Processo Civil), ele deve julgar, não importa quão ambígua e vaga seja a questão fática ou legal.

Tendo-se presente uma norma que pune de uma forma particularmente rigorosa o furto cometido à noite, indaga Perelman: seria o caso de aplicá-la quando da ocorrência de uma ação efetuada à meia-noite num cassino absolutamente iluminado³¹¹?

Neste caso, a qualificação jurídica do fato quedaria a cargo do poder de apreciação do juiz que, entretanto, deve se atrelar a determinados critérios. Segundo o autor, a atividade de motivação das decisões por parte do julgador é essencialmente argumentativa. E se a argumentação é basicamente adaptação ao "auditório", o juiz deve conhecê-lo bem, buscando uma solução aceitável para os demandantes, para os seus superiores, para a opinião pública esclarecida, em conformidade com "os valores dominantes na sociedade,

³¹⁰ Ibidem, p. 483.

³¹¹ Ibidem, p. 486.

suas tradições, sua história, a metodologia jurídica, as teorias que nela são reconhecidas, as consequências sociais e econômicas deste ou daquele posicionamento, os méritos respectivos da segurança jurídica e da equidade na situação dada", de maneira a alcançar um consenso³¹².

Da mesma forma quando os termos da lei levam a consequências sociais tidas como repugnantes, em certos casos específicos. Nestes, o apelo a equidade é imprescindível.

A conclusão a que se chega, portanto, é a de que a motivação das decisões judiciais não são uma demonstração matemática, mas possuem uma força convincente variável³¹³. Aponta Perelman que é preciso, assim sendo, atentar para a especificidade destes tipos de raciocínio que buscam decisões práticas justificadas, que visam estabelecer a racionalidade de uma conduta, seja em Direito ou em Filosofia Moral³¹⁴. Outro ponto que queda patente com os exemplos dados é a existência de uma dicotomia entre segurança jurídica e equidade, tantas vezes apontada por Perelman³¹⁵, e para a qual o raciocínio jurídico habitualmente é chamado a dar respostas.

Sem embargo, retornando ao tema da vagueza e ambigüidade das prescrições legais, o autor em tela assinala que, em várias situações, estas podem ser evitadas pela substituição de um critério qualitativo por um quantitativo (como no caso da substituição do termo legal embriaguez por certa taxa de alcoolemia quimicamente verificável)³¹⁶, expediente este nem sempre aconselhável, já que determinados casos peculiares podem escapar à previsão legal, gerando efeitos sociais deletérios³¹⁷.

No tocante à questão da prova (não no sentido processual mas no de "dar as melhores razões"), salienta Perelman que a evolução da lógica formal moderna seguiu a tradição cientificista primeiramente cartesiana (com o atrelamento à evidência) e posteriormente leibniziana (que se dedica à confecção de cálculos formalizados). Como decorrência de tal vinculação a problemática da prova em lógica ficou absolutamente

³¹² Ibidem, p. 468.

³¹³ Ibidem, p. 489.

³¹⁴ Ibidem, p. 490.

³¹⁵ Ibidem, p. 513.

³¹⁶ Ibidem, p. 486.

³¹⁷ Ibidem, p. 487.

limitada à prova demonstrativa, analítica, coerciva, restando sem qualquer estudo as chamadas provas dialéticas ou argumentativas (que buscam apoiar ou refutar uma opinião). Nestas, a prova é forte ou fraca, nunca coerciva ou absolutamente excludente da argumentação oposta³¹⁸.

Para referido pensador, as teses jurídicas não se escoram em provas demonstrativas e sim argumentativas, relacionadas com a capacidade de convencimento de um determinado auditório. Nem todas as teses são plausíveis, ressalva Perelman, "mas, como se supõe que todos aqueles que participam de um raciocínio jurídico raciocinam no seio de um determinado sistema de direito, eles estão ligados, por assim dizer, pelas teses aceitas neste sistema"³¹⁹.

E. A idéia de razoabilidade e o Direito Público

Ressalta Perelman que a idéia de razão sempre permeou as concepções jurídicas.

No jusnaturalismo, o Direito Natural, imutável e eterno, é a manifestação perfeita da razão (em contraposição às leis positivas, que seriam arbitrárias)³²⁰.

A concepção moderna que se segue ao jusnaturalismo professa a crença, (mais humilde, uma vez que não há fundamentação numa "Lei imutável"), na racionalidade do legislador, subentendendo que ele compreende perfeitamente a língua que é seu instrumento, que ele conhece o sistema na qual a sua criação se insere, exercendo a sua competência de maneira coerente, sem ações ou prescrições inúteis, utilizando os meios conforme os fins almejados, de modo a permitir a utilização de argumentos como os *a pari*, *a fortiori* e *a contrario*³²¹. Por outras palavras, supõe-se uma razoabilidade na atividade legiferativa e no resultado desta prática.

Apesar desta constatação (a da importância de se partir da pressuposição de uma noção de razoável para a inteligência do produto da atividade do legislador), esta idéia de

³¹⁸ Ibidem, p. 492.

³¹⁹ Ibidem, p. 493.

³²⁰ Ibidem, p. 427.

³²¹ Ibidem, p. 428.

"razoável" ou, contrariamente, de "desarrazoado", pouco foi desenvolvida em teoria do direito de modo geral (a mesma observação serve para os estudiosos brasileiros, afora alguns autores que apontamos adiante), com exceção, salienta Perelman, de parte da obra do jurista espanhol Luis Recaséns Siches, que procurou desenvolver uma *lógica do razoável*. Para a concepção perelmaniana, a idéia de razoabilidade é muito mais cara à prática jurídica que a própria noção de "racional" ou "irracional", razão pela qual os formalismos e o positivismo fracassaram³²².

Assevera Perelman que quando um direito ou poder qualquer é exercido, ainda que discricionário, seja por um agente público ou pessoa privada, "esse direito ou esse poder será censurado se for exercido de uma forma desarrazoada"³²³. Esta afirmação queda patente com as qualificações técnicas como abuso de direito, excesso ou desvio de poder, iniquidade ou má-fé, aplicação ridícula (em nosso sistema diríamos "decisão teratológica") ou inadequada de disposições legais, como contrário aos princípios gerais do direito comuns aos povos civilizados. Pouco importando a denominação, o que importa surpreender, segundo a tese perelmaniana, num Estado de Direito, é o controle por parte do Judiciário do exercício desarrazoado e inaceitável de um poder ou direito³²⁴.

Na atividade exercida pela Administração Pública tal juízo se torna ainda mais sintomático, já que o legislador, para que a Administração possa alcançar o interesse público (conforme a consagrada denominação), evita de lhe impor uma série de formalidades quando de situações ditas de urgência. Afirmo Perelman, com apoio em Dumont, citando seu estudo "*Le Conseil d'État, juge de l'intérêt général*", que é precisamente no controle do poder de apreciação da Administração que o juiz necessita ser mais perspicaz, uma vez que, em cada caso, deve ele ter em conta "o difícil equilíbrio que importa manter entre as necessidades de funcionamento dos serviços públicos e as garantias devidas aos cidadãos"³²⁵.

³²² Ibidem, p. 429.

³²³ Ibidem, p. 429.

³²⁴ Ibidem, p. 429.

³²⁵ Ibidem, p. 431.

O juízo sobre se houve negligência, imprudência, falta, os padrões "bom pai de família", exemplifica o autor³²⁶, e poderíamos citar outros exemplos, como as expressões "homem médio", "conduta honrosa" ou "mulher honesta", presentes corriqueiramente nas sentenças e acórdãos, recorrem nitidamente, no fundo, à idéia de razoabilidade.

É bem verdade, ressalva o pensador, que a noção de razoabilidade comporta um determinado espectro de interpretações; contudo, a partir de certo limite, a decisão passa a ser desarrazoada. Elucida Perelman, fugindo a qualquer jusnaturalismo: "é desarrazoado o que é inadmissível numa comunidade em dado momento"³²⁷.

Por consequência, se a própria lei leva a um resultado desarrazoado, desenvolver-se-á alguma noção ou ficção jurídica que evite tal resultado. Assim, a chamada "tutela da aparência jurídica", de crescente aplicação no Direito Civil, conceitos como os de "funcionário de fato" no Direito Administrativo, operam de modo a conferir esta interpretação mais aceitável da lei (hoje, inclusive, alguns diplomas legais já contemplam tais criações jurisprudenciais).

Partindo das afirmações de Perelman, cremos ser correto concluir que, para citado pensador, a noção de razoabilidade serve de comunicação entre o meio social e o Direito, evitando qualquer ingenuidade jusnaturalista e qualquer paralisia positivista.

Para a concepção perelmaniana a idéia de razão e racionalidade foram, num primeiro momento, vinculadas a um modelo divino e, posteriormente, a uma lógica e a uma técnica eficaz, aos conceitos de verdade e coerência; já a noção de razoável e desarrazoado possuem um liame com as reações do meio social e a evolução do mesmo - o socialmente aceitável³²⁸ (dentro de um critério que poderíamos chamar de histórico-evolutivo daquilo que é ou não razoável).

Para Perelman, com efeito, por detrás da idéia de razoabilidade está a de finalidade³²⁹. Aquele que tem um determinado direito ou poder o possui com vistas a uma

³²⁶ Ibidem, p. 431-432.

³²⁷ Ibidem, p. 432.

³²⁸ Ibidem, p. 436.

³²⁹ Ibidem, p. 436-437.

finalidade, e por isso mesmo deve exercê-los dentro de certos limites aceitáveis. Sopesam-se, deste modo, os meios e os fins.

Através do desenvolvimento de tal noção, procura Perelman esclarecer a filosofia prática que permeia o funcionamento das instituições jurídicas, transcendendo as reflexões filosóficas presas às idéias de razão e racionalidade, de estreita visão³³⁰.

A Filosofia do Direito de Perelman brota dos embates jurídicos cotidianos. Os atores destes embates procuram, através de seus argumentos e com fundamento último em determinados valores, persuadir o seu respectivo auditório. Perelman nega os Mitos do Direito Natural e do Direito Positivo e a possibilidade de apreensão do fenômeno jurídico, de sua prática, por uma ciência e uma racionalidade nos moldes matemáticos ou silogísticos. O "razoável", como noção que não se iguala ao formalismo e tampouco ao pragmatismo, dirige a sua proposta.

O filósofo de Bruxelas previne-se contra dogmatismos e novos positivismos: a natureza do fenômeno jurídico se encontra na sua essencial problematicidade. Não é possível com êxito (apesar da relevância dos trabalhos de Viehweg e Struck) formular gigantescos catálogos de *topoi* ou criar um método científico para a Teoria da Argumentação³³¹. A argumentação é voltada para o auditório e não é possível ignorar o seu dinamismo de valores e opiniões. O que cabe aos juristas é obter uma formação tal que lhes permita a sintonia com este auditório, o mais profundo conhecimento de seus valores, tradições, história, etc, de modo que sua atividade hermenêutica gere consenso.

Cumprе destacar, por fim, que alguns publicistas, igualmente surpreendendo esta noção de razoabilidade (ou de proporcionalidade para alguns) no raciocínio jurídico, procuraram desenvolvê-la como princípio legal e critério hermenêutico.

Celso Antônio Bandeira de Mello inclusive distingue razoabilidade e proporcionalidade, salientando estas noções como princípios constitucionais do Direito Administrativo³³². O jurista argentino Agustín Gordillo, ao tratar da Função Administrativa

³³⁰ Ibidem, p. 437.

³³¹ Ibidem, p. 468.

³³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 5 ed., São Paulo: Malheiros, 1994. 527p. p. 54-57.

e dos limites da discricionariedade, discorre precisamente sobre a razoabilidade das decisões administrativas, afirmando a índole constitucional de tal idéia³³³. Diogo de Figueiredo Moreita Neto igualmente se refere a uma "lógica do razoável" como um todo e à idéia de razoabilidade, a propósito dos limites da discricionariedade³³⁴.

No Direito Administrativo esta noção parece ser fundamental tendo em vista a dimensão política (o próprio poder se regula) e a normatividade volátil (a dinamicidade deste ramo, a alta rotatividade de suas normas e o aspecto do poder de discricionariedade que possui a Administração, resguardada nas prescrições legais, necessária ao exercício da atividade administrativa) do mesmo. Tal idéia se torna ainda mais importante quando se tem em conta o papel histórico da Doutrina e da Jurisprudência para a elaboração do Direito Administrativo³³⁵ (seus vários *topoi*: "interesse público", "serviço público", "Poder Público", etc), o que repercute na "textura" de suas normas. Desde o início, conforme atesta Weil, o *Conseil d'État* recorreu a "definições estáveis de conteúdo variável" e ao "processo das noções limítrofes de fronteiras móveis" - o conteúdo dos termos só poderia ser definido no caso específico (este seria o "método") - e isto seria devido ao caráter jurisprudencial deste Direito e à dicotomia existente em seu âmago entre liberalismo e imperiosidade da atividade administrativa, entre proteção ao cidadão e realização dos desideratos da Administração Pública³³⁶.

No Direito Constitucional, Paulo Bonavides dedica um capítulo de sua obra "Curso de Direito Constitucional" ao por ele chamado princípio constitucional da proporcionalidade, fazendo igualmente várias referências à Doutrina alienígena³³⁷. Outra obra recentemente editada é a de Raquel Denize Stumm, sobre o princípio da

³³³ GORDILLO, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1974. 2.v. Parte General, Tomo I, VIII-30.

³³⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. 73p. p. 33-41.

³³⁵ Vide, a este respeito: PONDÉ, Lafayette. A Doutrina e a Jurisprudência na elaboração do Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, No 196, p. 85-93, abr./jun. 1994.

³³⁶ Weil, op. cit., p. 25-26.

³³⁷ Bonavides. C.D.C. p. 314-355.

da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro, reportando-se especialmente à Doutrina alemã³³⁸.

Os tribunais brasileiros, inclusive as mais altas cortes, têm, ultimamente, passado a se referir literalmente aos termos razoabilidade e proporcionalidade³³⁹.

4.4. Relação entre a problemática das Fundações Públicas e a concepção exposta a respeito do raciocínio jurídico

Vimos no capítulo precedente que a discussão concernente à natureza jurídica das Fundações Públicas e ao seu regime jurídico importou na utilização de diversos *topoi*:

- a) parte da Doutrina sustenta que a idéia de Fundação estaria inexoravelmente atrelada ao regime de Direito Privado (seja devido ao critério de Direito Positivo, seja devido a um "rigor científico") - uma vez que de Direito Público teríamos apenas as Autarquias;
- b) parte da Doutrina afirma que tal concepção seria um preconceito civilístico, na medida em que a categoria "Fundação" pertenceria a uma Teoria Geral do Direito, e não unicamente ao Direito Civil;
- c) há quem advogue, ainda, a sua semelhança com as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista, pelo fato de que sua forma seria de Direito Privado e o seu conteúdo público;
- d) há quem entenda que a Constituição de 1988 teria transformado as entidades em tela em pessoas jurídicas de Direito Público - pela disciplina com que as submeteu;
- e) há posições no sentido de que as Fundações Públicas constituiriam um ente *sui generis*, que não poderia ser enquadrado ou equiparado aos demais;

³³⁸ STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. 181p.

³³⁹ Vide: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão No 20987, MS. Rel. Ministro Célio Borja. *Diário da Justiça da União*, [Brasília], 16 fev. 1990, p. 928. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão No 489, ADIn. Rel. Ministro Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça da União*, [Brasília], 22 nov. 1991, p.16845. Vide, ainda, os acórdãos mencionados por Raquel Denize Stumm, em sua obra citada (Stumm, op. cit., p. 89-93).

f) boa parte da Doutrina afirma que existiriam Autarquias fundacionais (nesta espécie estariam as Fundações Públicas de Direito Público) ao lado das corporativas (distinção encampada pela Jurisprudência majoritária), muito embora haja quem aponte que a noção de Fundação Pública seria mais antiga que a de Autarquia - razão pela qual tal classificação seria descabida;

g) para identificar o regime jurídico aplicável, a Doutrina majoritária utiliza como argumento o critério nomogenético, como vimos, enquanto que a maior parte da Jurisprudência se apóia no caráter do "serviço público prestado" (como se houvesse distinção clara entre serviços públicos em sentido estrito e em sentido lato), noção por si só vaga, como abordamos (2.2.4.c).

A discrepância de interpretações só pode ser explicada pela concepção do raciocínio jurídico que expusemos nos itens precedentes. Não há, portanto, uma resposta matematicamente ou ontologicamente correta e sim vários argumentos pertinentes que permitem examinar o problema por distintos ângulos, fornecendo critérios mais ou menos consistentes, tendo em conta a construção interpretativa operada pela Doutrina e pela Jurisprudência e sua relação com os condicionamentos sociais da problemática. A síntese desta evolução, desta "obra" hermenêutica, apresentada no capítulo anterior, ou seja, a atual posição predominante na Doutrina e na Jurisprudência a respeito da caracterização do ente e da atribuição do seu regime jurídico, além de possuir maior verossimilhança e consistência em relação às demais posições, favorece nitidamente ao *topos* do princípio da moralidade administrativa³⁴⁰, na medida em que impõe uma série de derrogações de Direito Público ao regime jurídico básico das Fundações Públicas de Direito Privado e entende as Fundações Públicas como espécie do gênero Autarquia - o que importa numa maior submissão aos controles moralizadores. Esta compreensão busca reduzir a utilização excusa que já se fez do instituto e que ainda se faz.

³⁴⁰ Ensina Lopes: "A função da moralidade administrativa é de aperfeiçoar a atividade pública e de fazer crescer no administrado a confiança no administrador. Ela visa o homem como administrado, em suas relações com o Estado, contribuindo para o fortalecimento das instituições públicas"(LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Ética e Administração Pública*. São Paulo: RT, 1993. 88p. p. 70). Afirma Franco Sobrinho: "Estará portanto fora da moral jurídica comum social aquele ato administrativo típico que, na sua necessária eficácia: a) infringe a motivação; b) escapa da finalidade; c) não se apóia na exação"(FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O princípio constitucional da moralidade administrativa*. Curitiba: Genesis, 1993. 179p. p. 12).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No primeiro capítulo foi possível acompanhar a evolução do ente estatal e a sua repercussão no Direito Constitucional e no Direito Administrativo. Notou-se que com o advento do Estado Social e Democrático de Direito muitas noções deveras sedimentadas entraram em colapso e a Administração Pública passou a se "desdobrar" em prestações positivas - utilizando o expediente da descentralização administrativa (ainda hoje aconselhado pelas modernas técnicas de gestão), criando entes auxiliares de sua atividade como as Fundações Públicas.

No segundo capítulo foi abordada a discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito das Fundações Públicas: possibilidade de existência, subdivisões, classificações, critérios para a compreensão da nomenclatura constitucional e infraconstitucional e o seu regime jurídico segundo a posição predominante. Vimos que grande parte da Doutrina e da Jurisprudência concebe a existência de Fundações Públicas de Direito Privado (atreladas a um regime de Direito Privado básico, mas sujeito a uma série de derrogações de Direito Público) e Fundações Públicas de Direito Público (obedientes ao regime jurídico das Autarquias, por serem uma de suas espécies). Fizemos, dentro das Fundações Públicas de Direito Privado, uma especial referência às ditas "Fundações de Apoio", analisando, notadamente, as decisões do Tribunal de Contas da União a respeito da matéria, ante a ausência de escritos doutrinários sobre o assunto.

No terceiro capítulo foram expostas as várias correntes hermenêuticas, tanto as tradicionais como as mais recentes e se buscou dissecar uma concepção que, além de ter repercussões interpretativas, refere-se a uma compreensão de como se articula e funciona o raciocínio jurídico como um todo. Tendo presente esta perspectiva, vimos que não é possível dizer que tal ou qual resposta a respeito da problemática é a verdadeira, mas sim é viável afirmar que a atual e predominante posição da Doutrina e da Jurisprudência fornece um conjunto de argumentos mais fortes e consistentes que o de outros entendimentos outrora esposados, respaldados que estão numa variadíssima gama de *topoi*.

Esta recente compreensão sobre as Fundações Públicas restringe a possibilidade de se macular a moralidade administrativa, como mencionamos, mas não a impede. Apesar de o presente trabalho pretender tão-somente descrever e não prescrever, podemos afirmar que se a simbiose entre o regime de Direito Público e o de Direito Privado (como vimos, um

imperativo da situação engendrada pelo Estado Social e Democrático de Direito, pois a Administração Pública passou a utilizar os expedientes privatísticos para bem desempenhar a sua função, para eficazmente perseguir o interesse público) encontra nas Empresas Públicas e nas Sociedades de Economia Mista balizamentos claros, nas chamadas Fundações Públicas tal hibridismo continua, a despeito de todo esforço doutrinário e jurisprudencial, sem a solução adequada.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEMANHA. Lei Fundamental da República da Alemanha. Promulgada pelo Conselho Parlamentar em 23 de maio de 1949, com as emendas até, inclusive, 23 de agosto de 1976. Tradução de José Camurça. Departamento de Imprensa e Informação do Governo Federal, Bonn. 1986.
- ALEX, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989..
- ANDERSON, Perry. *Linhagens do Estado Absolutista*. Tradução de João Roberto Martins Filho. 2.ed. São Paulo: Brasiliense, 1989. 548 p..
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral - uma perspectiva luso-brasileira*. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984. 569p..
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (coord.), DALLARI, Adilson Abreu, CAMMAROSANO, Márcio *et al.* *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1986. 180p..
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 5 ed., São Paulo: Malheiros, 1994. 527p..
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: RT, 1968. 515p..
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Prestação de serviços públicos e Administração Indireta*. 2.ed. São Paulo: RT, 1979. 180p..
- BASIC LAW for the Federal Republic of Germany (Promulgated by the Parliamentary Council on 23 May 1949) (as Amended by the Unification Treaty of 31 August 1990 and Federal Statute of 23 September 1990) General Electric's Germany & Europe RoundTable. G&E RT sysop, Tony Kendall at: USA.GERMANY@GENIE.GEIS.COM. English translation revised by the Federal Ministers of the Interior, Justice and Finance, July 1991).

- BENASAYAG, Miguel, CHARLTON, Edith. *Crítica de la felicidad*. Buenos Aires: Nueva Visión, 1992. 127p..
- BLASI, Paulo Henrique. *A Descentralização como Instrumento da Justiça Social*. Rio de Janeiro: Folha Carioca, 9a Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Florianópolis, 2 a 6 de maio de 1982, Tese No 27, 1982. 25 p..
- BOBBIO, Norberto, BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. 180 p..
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p..
- BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Tradução de Sérgio Bath. 7. ed. Brasília: EdUnb, 1994. 179p.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. 2.ed. Brasília: EdUNB, 1992. 168 p..
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. 173 p. p.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. 171 p..
- BOBBIO, Norberto. Ser y deber ser en la ciencia jurídica. In: RUIZ MIGUEL, Alfonso. *Contribución a la Teoría del Derecho*. Traducción de Alfonso Ruiz Miguel. Valencia: Artes Gráficas Soles, 1980. 404p..
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 510p..
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. Rio de Janeiro: FGV, 1972. 258 p..
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. 228 p..
- BRASIL. Lei No 8.958, de 20 de dezembro de 1994. Dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as

Fundações de Apoio, e dá outras providências. *LEX*, São Paulo, v. II, dez. 1994, ano 58, p. 1660-1661.

BRASIL. Reforma Administrativa - Decreto-Lei No 200, de 25-2-1967. Legislação Complementar. 33.ed. São Paulo: Atlas, 1995. 405 p.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência No 77/89. Rel.: Ministro Athos Carneiro. 9 de agosto de 1989. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, [Brasília], v..3, p. 720.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência No 76/89. Rel.: Ministro Athos Carneiro. 18 de agosto de 1989. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, [Brasília], v..4, p. 1245.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência No 340/89. Rel.: Ministro Waldemar Zveiter. 30 de agosto de 1989. *Diário da Justiça da União*, [Brasília], 25 set. 1989, p. 14948.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência No 1293/90. Rel.: Ministro Waldemar Zveiter. 14 dez. de 1990. *Diário da Justiça da União*, [Brasília], 1 out. 1990, p. 10427, 11 mar. 1991, p. 2371.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência No 2778/92. Rel.: Ministro Flaquer Scartezzini. 4 de junho de 1992. *Diário da Justiça da União*, [Brasília], 29 jun. 1992, p. 10261.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência No 16367/96. Rel.: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 28 ago. 1996. *Diário da Justiça da União*, [Brasília], 17 fev. 1997, p. 2119.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência No 14011/95. Rel.: Ministro Milton Luiz Pereira. 8 ago. 1995. *Diário da Justiça da União*, [Brasília], 4 dez. 1995, p. 42073).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência No 14748/95. Rel. Ministro Adhemar Maciel. 13 mar. 1996. *Diário da Justiça da União*, [Brasília], 27 maio de 1996, p. 17806.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário No 31549/93. Rel. Ministro Adhemar Maciel . 23 mar.. 93. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, [Brasília], v. 40, p. 414.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário No 464/90 (em Mandado de Segurança). Rel.: Ministro Milton Luiz Pereira . 20 set. 93. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, [Brasília], v. 65, p. 209.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão No 20987, MS. Rel. Ministro Célio Borja. *Diário da Justiça da União*, [Brasília], 16 fev. 1990, p. 928.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão No 489, ADIn. Rel. Ministro Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça da União*, [Brasília], 22 nov. 1991, p.16845.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Conflito de Jurisdição No 6816/89. Rel. Ministro Sydney Sanches. 15 fev. 1989. *Diário da Justiça da União*, [Brasília], 17 de mar. de 1989, p. 3604.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Conflito de Jurisdição No 6853/89. Rel. Ministro Octávio Gallotti. 15 fev. 1989. *Diário da Justiça da União*, [Brasília], 17 de mar. de 1989, p. 3605.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação No 294/89. Rel. Ministro Octávio Gallotti. 23 fev. 1989. *Diário da Justiça da União*, [Brasília], 31 de mar. de 1989, p. 4328.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário Criminal No 115.134/88. Rel. Ministro Carlos Madeira. 8 abr. 1988. *Diário da Justiça da União*, [Brasília], 6 de maio de 1988, p. 10635.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário No 101.126/84. Rel. Ministro Moreira Alves. 24 out. 1984. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, [Brasília], v. 113, p. 331.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo No TC 550.070/95-8. Rel. Ministro Homero Santos. 28/06/1995. *Diário Oficial da União*, [Brasília], 28 jun. 1995, p. 11042.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo No TC 625.108/93-0. Rel. Ministro Homero Santos. 07/02/1996. *Diário Oficial da União*, [Brasília], 4 mar. 1996, p. 3542.

- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo No TC 599.084/91-0 - Apensos: TC 575.127/93-7 e TC 575.298/90-1, com 36 processos anexos. Rel. Ministro Iram Saraiva. 9/11/1995. *Diário Oficial da União*, [Brasília], 21 nov. 1995, p. 18685.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº TC 013.074/92-0. Rel. Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira. 11/11/1992. *Diário Oficial da União*, [Brasília], 25 nov 1992, p. 16290.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº TC 023.185/90-2. Rel. Ministro Luciano Brandão Alves de Souza. 29/10/1992. *Diário Oficial da União*, [Brasília], 03 abr. 1992, p. 4250.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº TC 225.299/90-7. Rel. Ministro Olavo Drummond. 25/03/1992. *Diário Oficial da União*, [Brasília], 09 abr. 1992, p. 4513.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº TC 299.035/90-5. Rel. Ministro Olavo Drummond. 09/02/1994. *Diário Oficial da União*, [Brasília], 01 mar. 1994, p. 2922.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº TC 524.036/91-8. Rel. Ministro Olavo Drummond. 22/11/1994. *Diário Oficial da União*, [Brasília], 02 dez. 1994, p. 18428.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº TC 575.663/91-0. Rel. Auditor José Antônio Barreto de Macedo. 06/05/1992. *Diário Oficial da União*, [Brasília], 27 maio 1992, p. 6561.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo No 003.500/91-8. Presidência do TCU. *Boletim de Direito Administrativo*, [São Paulo], mar. 1995, p. 152.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo No 007.363/88-5. Rel. Ministro Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça. 5 mar. 1991. *Revista de Direito Administrativo*, [Rio de Janeiro], jan./mar. 1991, p. 217.
- BRASIL. Constituição. Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras. Textos, índice temático comparativo por Ana Valderez A. N. Alencar e Laudicene de Paula Cerqueira. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições técnicas, 1987. 3 v..
- CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. 583p.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993. 1228 p..
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. 5.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981. 542 p..
- CHÂTELET, François, PISIER-KOUCHNER, Évelyne. *As concepções políticas do século XX*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. Rio de Janeiro: Zahar, 1983. 777p..
- CLASTRES, Pierre. *A Sociedade contra o Estado - Pesquisas de Antropologia Política*. Tradução de Theo Santiago. 5. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990. 152 p..
- COELHO, Luiz Fernando. *Fundações públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. 104 p..
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Administração indireta brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. 478 p..
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Fundações de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. 103p..
- DEMING, Edward. *Qualidade: a Revolução da Administração*. Tradução de Clave Comunicações. Rio de Janeiro: Marques-Saraiva, 1990. 367 p..
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Do Direito Privado na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1989. 175p..
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 535p..
- DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1992. 176 p..
- DOBROWOLSKI, Sílvio. Os meios jurisdicionais para conferir eficácia às normas constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 27, n. 106, p. 27-28, abr./jun.1990.

- DREIFUSS, René Armand. *Política, poder, estado e força: uma leitura de Weber*. Petrópolis: Vozes, 1993. 103p..
- DUVERGER, Maurice. *As modernas tecnodemocracias. Poder Econômico e Poder Político*. Tradução de Max da Costa Santos. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975. 245 p..
- ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Tradução de Leandro Konder. 12.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991. 215 p..
- ENTERRÍA, Eduardo García de, FERNANDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1981. 2 v..
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. 219p..
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas. 335p..
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio, DINIZ, Maria Helena, GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989. 132 p.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975. 1499p..
- FERREIRA, Luís Pinto. *Teoria Geral do Estado*. 3ed. São Paulo: Saraiva, 1975. 2 v. V. 2..
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. *As Fundações de Direito Privado instituídas pelo Estado*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1973. 157 p..
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. São Paulo: RT, 1978. 103 p..
- FORSTHOFF, Ernst. *Sociedad Industrial y Administración Pública*. Traducción de Celestino Fernández de la Vega. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública (ENAP), 1967. 161 p..

- FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*. Traducción de la 5.ed. alemana de Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junge. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958. 768 p..
- FRANÇA, Rubens Limongi. *O direito, a lei e a jurisprudência*. São Paulo: RT, 1974. 210p..
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Fundações e empresas públicas*. São Paulo: RT, 1972. 277p..
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O princípio constitucional da moralidade administrativa*. Curitiba: Genesis, 1993. 179p..
- FREIRE DE CARVALHO, Luís Alberto de Matos. Normas programáticas na Constituição. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 82, p. 163, abr./jun., 1987.
- FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. Parecer de 11 de dezembro de 1990. FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS - FUNDAÇÃO PÚBLICA - SUPERVISÃO - A Fundação Pública, como ente descentralizado da Administração Pública, vincula-se à supervisão ministerial. Inexistindo qualquer forma de controle governamental, a Fundação Getulio Vargas não se equipara a Fundação Pública. Caio Tácito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, jan./mar. 1991, p. 247-251.
- FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 6.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. 266 p..
- GARCIA OVIEDO, C., MARTINEZ USEROS, E.. *Derecho Administrativo*. 9.ed. Madrid: E.I.S.A., 1968. 2v..
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. 3.ed. Madrid: Alianza Editorial, 1982. 211 p..
- GARCIA-TREVIJANO FOS, Jose Antonio. *Tratado de Derecho Administrativo*. 2.ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1971. 2v..
- GARRIDO FALLA, Fernando. *Las transformaciones del régimen administrativo*. 2.ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962. 191p..
- GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 651p. p. 257.

- GORDILLO, Agustín A.. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1974. 2.v..
- GORDILLO, Agustín. *Princípios Gerais de Direito Público*. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: RT, 1977. 202 p..
- GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: RT, 1981. 143 p..
- GRISEL, André. *Droit Administratif suisse*. Neuchatel: Éditions Ides et Calendes, 1975. 546p..
- HALL, John A.. *Os Estados na História*. Tradução de Paulo Vaz, Almir Nascimento e Roberto Brandão. Rio de Janeiro: Imago, 1992. 458 p. p.36-102.
- HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villallón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. 104p..
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. 377 p. p. 301-302.
- KRADER, Lawrence. *A Formação do Estado*. Tradução de Regina Lúcia M. Morel. Rio de Janeiro: Zahar, 1970. 182 p..
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. 620p..
- LENTINI, Arturo. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. Milano: Società Editrice Libreria, 1939. 5v..
- LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano*. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. 344p..
- LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Ética e Administração Pública*. São Paulo: RT, 1993. 88p.
- LOWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo G. Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1979. 619p..
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. 2.v..

- MACHIAVELLI, Nicolo. *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio*. Tradução de Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: EdUnb, 1982. 436 p.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Tradução de Maria Lucia Cumo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. 156 p. (Coleção Leitura).
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: RT, 1996. 456 p..
- MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. 245 p.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 1992. 701 p..
- MÉXICO. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Edición hecha por acuerdo del Presidente de la República para ser entregada gratuitamente al pueblo de México. Secretaria de la Presidencia. 2. ed. Litografía Rekord. 1972..
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la. *Do espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. 562 p..
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. 73p.
- MUKAI, Toshio. As Fundações de Direito Público e de Direito Privado na Constituição de 1988. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, p. 99, fev. 1991.
- MURPHY, Gerald. *The Magna Carta* (The Cleveland Free-Net - aa300). Prepared by Nancy Troutman (The Cleveland Free-Net - aa345) and the National Public Telecomputing Network. Distributed by the Cybercasting Services Division of the National Public Telecomputing Network - NPTN).
- OLIVEIRA, Fernando Andrade de. A Administração Pública na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, FGV, p. 1-24. abr./jun. 1991.
- OSBORNE, David, GAEBLER, Ted. *Reinventando o Governo*. Tradução de Sérgio Bath e Ewandro Magalhães Jr.. Brasília: MH Comunicação, 1994. 436 p..

- PASOLD, Cesar Luiz. *Função social do estado contemporâneo*. 2.ed. Florianópolis: Estudantil, 1988. 104 p..
- PERELMAN, Chaïm, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 653p..
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 722p..
- PLEBE, Armando. *Breve história da retórica antiga*. trad. Gilda de Barros. São Paulo: EPU, EDUSP, 1978. 94p..
- PONDÉ, Lafayette. A Doutrina e a Jurisprudência na elaboração do Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, No 196, p. 85-93, abr./jun. 1994.
- PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa (com as emendas posteriores incorporadas). Organizada por B. Calheiros Bomfim. 2.ed. Rio de Janeiro: Destaque, 1993.
- RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. 615p..
- ROCHA, Leonel Severo (organizador). *Textos CPGD - resumos das dissertações e teses defendidas no curso de Pós-graduação em Direito da UFSC - 1978-93*. Florianópolis: Imprensa Universitária da UFSC, 1994. 165p.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social (Princípios de Direito Político)*. Tradução de Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro: Ediouro, 1994. 152 p..
- SENNA, Homero, MONTEIRO, Clóvis Zobarán. *Fundações no Direito e na Administração*. Rio de Janeiro: FGV, 1970. 379 p..
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2.ed. São Paulo: RT, 1982. 258 p..
- SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 1968. 2v..
- STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. 181p.

- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. Malheiros: São Paulo: 1993. 128p..
- VALLES, Arnaldo de. *Elementi di Diritto Amministrativo*. Terza Edizione. Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1965. 348 p..
- VERANO, Rachel, EDWARD, José. Sujeira sob o tapete. *Veja*, São Paulo, ano 30, No 31, p. 66-71, 6 de agosto de 1997.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Imprensa Nacional, 1979. 166p..
- VITTA, Cino. *Diritto Amministrativo*. 5.ed. Torino: Unione Tipografico, Editrice Torinese, 1962. 768 p..
- WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua Linguagem*. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. 120p. p. 107.
- WEBER, Max. *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Traducción de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora. 6. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1983. 1237 p..
- WEIL, Prosper. *O Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1977. 175 p..